



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Natalia Mendes Melo

Dano Social: Uma Análise sobre a Impossibilidade Jurídica da sua Tutela em Lide Individual

Brasília
2014

Natalia Mendes Melo

Dano Social: Uma Análise sobre a Impossibilidade Jurídica da sua Tutela em Lide Individual

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), tendo com orientador o Profº Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília
2014

Natalia Mendes Melo

Dano Social: Uma Análise sobre a Impossibilidade Jurídica da sua Tutela em Lide Individual

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), tendo com orientador o Profº Júlio César Lérias Ribeiro.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profº Júlio César Lérias Ribeiro (Orientador UniCEUB)

Profº Danilo Porfírio de Castro Vieira (UniCEUB)

Profº Einstein Borges Taquary (UniCEUB)

Brasília
2014

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus pelas graças constantes e por ser meu refúgio nos momentos de tristeza e preocupação. Agradeço aos meus pais Cleber Pereira de Melo e Alda de Fátima Duarte Mendes Melo, fontes inesgotáveis de amor e exemplo, por sempre me incentivarem e por não medirem esforços em me ajudar a concluir mais essa etapa. À minha irmã Marina Mendes Melo, por tornar meus dias mais alegres e por me cativar cada dia mais. Ao meu namorado, com quem dividi minhas preocupações e minhas alegrias, pelo amparo e motivação dada nesses anos de graduação. Aos meus familiares e amigos, por toda a torcida e por acreditarem que eu concluiria mais esse desafio. Às amigas conquistadas durante o curso, com quem compartilhei, todos os dias e durante 5 (cinco) anos, minhas dúvidas, histórias, risadas e meus medos. Finalmente, agradeço ao meu orientador e professor Júlio César Lérias Ribeiro, por contribuir com meu crescimento profissional e intelectual e por me ajudar a concretizar esse trabalho.

Resumo

O trabalho monográfico constatou a impossibilidade jurídica da aplicação dos danos sociais em ações individuais, sob o entendimento de que essa aplicação viola os limites subjetivos e objetivos da demanda, além de ferir princípios e dispositivos legais que circundam o tema. Esse estudo possibilitou compreender que os danos sociais tutelam interesses difusos, visando à proteção de pessoas indeterminadas, razão pela qual a sua aplicação se torna inadequada no âmbito de ações individuais. Assim sendo, demonstrou-se que a tutela dos danos sociais deve ser feita por meio das ações coletivas, cujo objetivo é justamente proteger os interesses metaindividuais. Ressalta-se que, não obstante a ausência de leis específicas e de jurisprudências consolidadas sobre o tema, haja vista a contemporaneidade do assunto, foi possível elaborar o presente estudo, uma vez que as análises e os argumentos foram voltados aos princípios norteadores do processo civil e aos entendimentos doutrinários. Ademais, as jurisprudências nas quais aplicaram-se os danos sociais em lides individuais, que foram objeto de apreciação nesse trabalho, serviram como ponto de partida para a elaboração da análise crítica dessa aplicação.

Palavras chave: Ações Coletivas. Ações Individuais. Danos Sociais. Interesses Difusos. Responsabilidade Civil.

Sumário

| | |
|--|-----------|
| Introdução | 6 |
| 1. A Doutrina da Responsabilidade Civil do Direito Contemporâneo..... | 8 |
| <i>1.1 Generalidades</i> | <i>8</i> |
| <i>1.2 Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor.....</i> | <i>13</i> |
| <i>1.3 Responsabilidade Civil e o Dano Social.....</i> | <i>19</i> |
| 2. A Doutrina do Dano Social em Ações Coletivas e Individuais | 23 |
| <i>2.1 Dano Social como lesão a interesses difusos da sociedade.....</i> | <i>23</i> |
| <i>2.2 Dano Social e sua adequação às Ações Coletivas.....</i> | <i>29</i> |
| <i>2.3 Dano Social e sua inadequação às Ações Individuais.....</i> | <i>36</i> |
| 3. Construções Jurisprudenciais do Dano Social | 41 |
| <i>3.1 A não tutela do Dano Social em Ações Individuais na jurisprudência do STJ</i> | <i>41</i> |
| <i>3.2 A tutela do Dano Social em Ações Individuais na jurisprudência.</i> | <i>45</i> |
| Conclusão | 51 |
| Referências | 53 |

Introdução

Tratar-se-á, na presente monografia, acerca da impossibilidade jurídica da tutela dos danos sociais em lides de caráter individual, sob a análise das disposições do Código de Processo Civil, da legislação complementar, dos princípios basilares do processo civil e de preceitos doutrinários.

O tema possui extrema relevância no atual momento da ordem jurídica e social brasileira em razão da eclosão da tutela dos direitos transindividuais, de modo que esses direitos ampliaram as categorias de danos, das quais se destacam os danos sociais.

Nesse cenário, ante ao caráter eminente dos direitos transindividuais, ou metaindividuais, como também são chamados, os magistrados vêm aplicando os danos sociais em ações individuais, sem, contudo, que a parte ofendida tenha os requerido.

Dessa forma, nasce a questão problema motivadora desse trabalho: é possível, na interpretação do direito, conceder-se indevida a aplicação do dano social em ação individual e sem a vontade da parte ofendida?

Em resposta, a presente monografia trará uma hipótese afirmativa, a qual será verificada ao longo dos argumentos e justificativas expostos no desenvolvimento dos capítulos.

No Capítulo 1, far-se-á uma abordagem geral acerca do instituto da responsabilidade civil, demonstrar-se-á a forma como o Código de Defesa do Consumidor trata esse instituto, bem como a inserção dos danos sociais nesse tema. Para isso, a doutrina será amplamente utilizada, em especial os ensinamentos de Maria Helena Diniz e Sérgio Cavalieri Filho, a fim de enriquecer esse estudo com conceitos, principais características e pontos relevantes, que servirão de base para o próximo capítulo.

No Capítulo 2, far-se-á um estudo mais aprofundado acerca dos danos sociais, explicitando como a doutrina conceitua esses danos, os problemas mais relevantes na sua aplicação e que eles representam violações a interesses difusos, ou seja, atingem a sociedade. A partir disso, será demonstrado qual o meio processual adequado para aplicar os danos sociais, ressaltando-se que, justamente por tutelarem interesses de uma sociedade, de pessoas indeterminadas, devem ser aplicados no âmbito das ações coletivas. A fim de validar esse argumento, serão utilizados, dentre outros, os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso e Hugo Nigro Mazzilli, além das Leis n. 4717/85 e n. 7347/85, concernentes à ação popular e à ação civil pública, respectivamente.

Esse capítulo versará, ainda, sobre a inadequação das ações individuais como forma de tutela dos danos sociais, sendo, inclusive, essa a hipótese que será apresentada no presente trabalho. Para validá-la, frisando-se a impossibilidade jurídica de se aplicar os danos sociais em lides individuais, serão utilizados os ensinamentos de vários processualistas, como Carreira Alvim e Humberto Theodoro Junior, os princípios norteadores do processo civil e os dispositivos do Código de Processo Civil, demonstrando que a aplicação dos danos sociais em lides individuais, sem que a parte ofendida tenha os pleiteado, extrapola os limites subjetivos e objetivos da demanda e fere a inércia da jurisdição e a correlação da demanda.

Por sua vez, o Capítulo 3 demonstrará como os danos sociais vêm sendo aplicados na prática forense, colacionando 3 (três) julgados sobre o tema. O primeiro julgado, proferido pelo ilustre Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, irá corroborar a hipótese da presente monografia, afirmando que a aplicação dos danos sociais, sem que a parte ofendida tenha os requerido e, pior, em sede recursal, se mostra indevida, pois viola princípios basilares do processo civil, como o da *non reformatio in pejus* e não tem respaldo nos artigos que tratam da responsabilidade civil, como o art. 186 e art. 927 do Código Civil.

Os outros 2 (dois) julgados analisados no Capítulo 3, um proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o outro pela 2ª Turma Julgadora Mista de Goiânia, demonstrarão as justificativas utilizadas pelos magistrados ao aplicarem os danos sociais em ações individuais. Desse modo, os argumentos utilizados no capítulo anterior serão aplicados nesses casos concretos, com o intuito de confirmar a impossibilidade jurídica da tutela dos danos sociais em lides individuais.

Finalmente, impende mencionar que a metodologia científica utilizada será a pesquisa analítica ou explicativa, e no tocante às fontes de dados, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, tendo em vista o uso de livros, artigos científicos, jurisprudências e dispositivos legais para atestar a hipótese do presente trabalho.

1 A Doutrina da Responsabilidade Civil do Direito Contemporâneo

Neste capítulo, far-se-á uma abordagem geral acerca do instituto da responsabilidade civil, demonstrar-se-á a forma como o Código de Defesa do Consumidor trata esse instituto, bem como a inserção dos danos sociais nesse tema. Para isso, a doutrina será amplamente utilizada, em especial os ensinamentos de Maria Helena Diniz e Sérgio Cavalieri Filho, a fim de enriquecer esse estudo com conceitos, principais características e pontos relevantes, que servirão de base para o próximo capítulo.

1.1 Generalidades

Indubitavelmente, um dos temas mais controversos e pulsáteis da atualidade jurídica é a responsabilidade civil, ante sua expansão na ordem jurídica moderna, gerando reflexos de diversas espécies nas atividades humanas. Explica-se a relevância desse tema pelo fato do ser humano sofrer, a todo instante, atentados contra a sua pessoa ou ao seu patrimônio, constituindo um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial e, dessa forma, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios que sanem tais lesões (DINIZ, 2011, p.19).

Isso porque “o principal objetivo da ordem jurídica, afirmou o grande San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito” (CAVALIERI, 2007, p. 23). Portanto, o que impulsiona a responsabilidade civil é o interesse de reparar o dano causado a outrem, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*. “Como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que todo o direito assenta na ideia de ação, seguida de reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada” (DINIZ, 2011, p. 21).

A responsabilidade civil é amparada por diversos princípios, dentre os quais ressaltar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana e o da *restitutio in integrum*. No tocante ao primeiro princípio, “a responsabilidade civil somente poderá cumprir seu papel a partir da compreensão do que é ser pessoa e de quais valores lhe são inerentes para que assim possa protegê-los” (AGUIAR, 2011, p. 20).

O segundo princípio, por sua vez, preceitua a reposição do prejudicado à situação anterior à lesão, de modo que a sanção, seja ela uma reconstituição natural ou uma indenização, represente da forma mais precisa o prejuízo sofrido pela vítima, a fim de que sua dignidade seja respeitada (DINIZ, 2011, p. 24).

Nesse sentido, para Diniz (2011, p. 25), a responsabilidade civil possui uma função de caráter dúplice, qual seja, a função de sanção civil, de natureza compensatória, com o escopo de reparar o dano causado à vítima, punindo o ofensor e desincentivando a prática de atos lesivos, bem como a função de garantir o direito do lesado à segurança.

Outrossim, em relação ao conceito de responsabilidade civil, tem-se que, em seu sentido etimológico, exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Já em seu sentido jurídico, designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico (CAVALIERI, 2007, p. 2-3). Isso porque, segundo Cavalieri (2007, p.2):

“A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.”

Outro conceito foi dado por Diniz (2011, p. 51), a qual estabelece que:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil requer três pressupostos para configurar-se: a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, a qual poderá se apresentar como ato ilícito (fundado na culpa) ou ato lícito (fundado no risco); a ocorrência de um dano patrimonial ou moral causado por esta ação; e por fim, a existência do nexo de causalidade entre o dano e a ação, constituindo um vínculo entre esses dois pressupostos (DINIZ, 2011, p. 53 e 54).

Para Diniz (2011, p. 56), a ação vem a ser a conduta humana, comissiva ou omissiva, voluntária e imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou ainda, consubstanciada em fato de animal ou coisa, que cause dano a outrem, gerando o dever de repará-lo. Essa ação geradora da responsabilidade civil poderá ser lícita ou ilícita.

No tocante ao ato ilícito, a nossa ordem jurídica entende que “o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente” (DINIZ, 2011, p. 57), as quais estarão configuradas quando, ante a circunstâncias concretas do caso, se entender que o agente poderia ou deveria ter agido de modo diferente (DINIZ, 2011, p.58).

O Código Civil estabelece, em seu artigo 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Dessarte, a configuração do ato ilícito imprescinde de um dano oriundo de atividade culposa.

Insta salientar que o ato ilícito ampara-se, basicamente, em dois fundamentos, quais sejam, a violação de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente (DINIZ, 2011, p. 57). Portanto, é necessário que o lesador tenha conhecimento da ilicitude do seu ato, seja por meio de dolo ou culpa. Caso o infrator aja com dolo, significa dizer que “teve a vontade consciente de cometer o ato ilícito, lesou outrem intencionalmente. Por sua vez, caso aja com culpa, significa dizer que se equivocou na conduta, não teve a intenção de lesar ou violar direito, mas era possível exigir comportamento diverso” (MELLO, 2012, p. 41).

Ademais, ressalta-se que a culpa é classificada, dentre outros critérios, em *lato sensu* e *stricto sensu*. A culpa *lato sensu*, abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao direito, compreende: o dolo, em que a vontade se dirige para concretização de um resultado ilícito; e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imperícia, imprudência e negligência, sem qualquer consciência de infração do dever jurídico. Portanto, é por isso que, havendo culpa em sentido amplo (seja dolo ou culpa em sentido estrito), existirá a obrigação de reparar o dano (DINIZ, 2011, p. 59).

Ultrapassado o estudo da responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos, adentrar-se-á no estudo da responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. Nesse sentido, o Código Civil brasileiro abraçou o sistema da responsabilidade com culpa, em que sem ela não há dever de indenizar, adotando, dessa forma, a responsabilidade subjetiva. Nessa espécie de responsabilidade, fundamentada pela teoria da culpa, cabe à vítima demonstrar a existência dos elementos fundamentais da sua pretensão.

Entretanto, em hipóteses excepcionais, a obrigação de indenizar não repousará na culpa, mas sim no risco, em que se verifica, apenas, se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo, não se analisando a culpa do agente. Nessas hipóteses excepcionais, adota-se a responsabilidade objetiva.

Assim sendo, conclui-se que a nossa ordem jurídica adota a responsabilidade civil amparada na culpa, contudo, conforme estabelece Nery Junior (2010, p. 608-609):

“A responsabilidade sem culpa e decorrente de ato lícito do agente causador do dano encontra guarida em nosso Direito apenas quando decorra de autorização expressa em lei [...] Desse modo, apenas quando a lei expressamente preveja a possibilidade da responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco, é que se poderá admitir a indenização do dano decorrente de ato lícito.”

É o caso, por exemplo, da responsabilidade oriunda das relações de consumo.

No tocante ao dano, segundo pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, é possível afirmar ser ele o centro do instituto. Isso porque só haverá indenização ou ressarcimento se houver o dano, ou seja, a responsabilidade civil apenas configurar-se-á se houver um dano a reparar. “Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. (CAVALIERI, 2004, p. 95).

Dessa forma, para Cavalieri (2004, p. 97), o dano é fato determinante do dever de indenizar, e não somente fato constitutivo.

Vale tratar que, nos termos dos arts. 186 e 403 do Código Civil, “não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra” (TARTUCE, 2011, p. 425). Em outras palavras, “o dano deve ser provado por quem o alega; sendo esta a regra geral, que só admite exceções nos casos previstos em lei” (CAVALIERI, 2007, p. 113).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz conceitua o dano “como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2011, p. 80). A autora também menciona que, para haver o dano indenizável, é necessária a ocorrência de alguns requisitos: diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; efetividade ou certeza do dano; causalidade; subsistência do dano no momento da reclamação da vítima; legitimidade e ausência de causas excludentes de responsabilidade. (DINIZ, 2011, p. 82-83).

A doutrina defende duas variações de dano: a patrimonial ou material, a extrapatrimonial ou imaterial. O primeiro, o dano patrimonial, “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro” (CAVALIERI, 2007, P. 71). Outro conceito dado por Tartuce trata do dano patrimonial ou material, “como sendo prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém” (TARTUCE, 2011, p. 425).

Ademais, o dano patrimonial subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. O primeiro diz respeito ao que o lesado efetivamente perdeu, à concreta diminuição em seu patrimônio, enquanto o segundo refere-se ao lucro esperado que o lesado deixou de auferir, “é a frustração da expectativa de lucro, diminuição potencial do seu patrimônio.” (CAVALIERI, 2004, p. 97).

Por sua vez, a outra variação de dano – extrapatrimonial – consiste na reparabilidade dos danos imateriais, é uma lesão a direitos da personalidade. Essa variação tem como expoente o dano moral. O dano extrapatrimonial é um assunto relativamente novo no

ordenamento jurídico pátrio, tendo sido tratado na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, V e X. (TARTUCE, 2011, p. 425).

Cavaliere afirma que “o dano moral não se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos” (CAVALIERI, 2004, p. 103). Destarte, não é possível estabelecer uma avaliação pecuniária à reparação por danos morais, uma vez que estes têm o caráter mais compensatório do que indenizatório.

Insta salientar que a Súmula nº 37¹ do Superior Tribunal de Justiça admite ser cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.

Outrossim, na realidade jurídica nacional, tem-se os danos clássicos ou tradicionais, quais sejam, os danos materiais e os danos morais; bem como, tem-se os danos novos ou contemporâneos, que são os danos estéticos, os danos morais coletivos e os danos sociais, os quais são objeto deste trabalho e serão estudados mais a fundo em momento oportuno.

Finalmente, o último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo causal, o qual constitui o liame entre o prejuízo e a ação, “de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível.” (DINIZ, 2011, p. 127). Além disso, Cavaliere diz ser o nexo causal o “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”. (CAVALIERI, 2004, p. 71).

Sobre esse assunto, é válido mencionar que a doutrina entra em conflito ao tratar das teorias existentes sobre o nexo causal. Isso porque o Código Civil brasileiro não dispõe, expressamente, sobre as regras desse pressuposto. Nesse contexto, utilizando-se a doutrina e a jurisprudência em face dessa omissão, surge a dúvida sobre a *ratio legis* do art 403 deste código, o qual estabelece que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (NERY JUNIOR, 2010, p. 547-551).

Nesse sentido, alguns doutrinadores apoiam-se na teoria da causa necessária, defendida por Agostinho Alvim, “segundo a qual o nexo de causalidade consistiria numa relação necessária entre o fato gerador e o evento danoso” (NERY JUNIOR, 2010, p. 549). De acordo com essa teoria, a expressão “direto e imediato” constante do artigo mencionado significa o nexo causal necessário, ou seja, considera-se causa do dano aquela que lhe é próxima ou remota (NERY JUNIOR, 2010, p. 550).

¹ Súmula nº 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Todavia, conforme Nery Junior (2010, p. 551) preleciona, essa teoria apresenta certas dificuldades de aplicação, o que faz com que:

“A jurisprudência acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom senso e com a invocação apenas da expressão literal contida no art. 403: quando acha que um dano deve ser reparado, dirá que ele é “dano direto e imediato”; quando entende que não é merecedor de reparação, considerá-lo-á “dano indireto”.

Por fim, para concluir esse breve estudo da responsabilidade civil, ressalta-se que esta é composta de várias espécies. No tocante ao seu fato gerador, a responsabilidade civil poderá ser contratual, se resulta de inexecução contratual; ou extracontratual, se oriunda de violação de um dever jurídico, configurador de ato ilícito, o que causa dano a outrem e consequente dever de reparação. (DINIZ, 2011, p. 148).

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil poderá ser subjetiva, “fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”; ou objetiva, fundada no risco, em que pouco importa se o ofensor agiu com culpa ou dolo. (DINIZ, 2011, p. 148).

Dessa forma, ultrapassadas as generalidades do estudo da responsabilidade civil, adentrar-se-á, mais especificamente, nos estudos, desse instituto concernentes às relações de consumo.

1.2 Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, “as relações de consumo estavam desequilibradas no mercado, estando o consumidor sem recursos legais hábeis a torná-lo tão forte quanto o fornecedor” (NERY JUNIOR, 2010, p. 27). Nesse contexto, foi com o intuito de equilibrar essa relação e de evitar a prevalência de um sujeito em detrimento do outro que nasceu o Código de Defesa do Consumidor.

A finalidade principal deste código é equiparar o consumidor, que já nasce vulnerável na relação de consumo, ao fornecedor, desestimulando as condutas desleais praticadas por este e fazendo com que aquele aproveite-se das disposições do código para reclamar direitos a ele conferidos.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública e interesse social, assegurando não apenas direitos individuais e subjetivos, mas também, buscando soluções para as demandas coletivas (NERY JUNIOR, 2010, p. 29 e 33).

Por se tratar de normas de caráter nobre e relevância social, o Código de Defesa do Consumidor ampara-se em diversos princípios, dentre os quais ressalta-se o princípio da

defesa do consumidor e o princípio da livre iniciativa e crescimento econômico. Mesmo parecendo haver incompatibilidade entre esses dois princípios, este código traça normas na tentativa de compatibilizá-los e harmonizá-los (NERY JUNIOR, 2010, p. 33).

Outros dois princípios basilares instituídos pelo código são o princípio da equidade e boa-fé. “Tanto é assim que o código trata como nulas as cláusulas contratuais que infringirem, direta ou indiretamente, a equidade e boa-fé” (NERY JUNIOR, 2010, p.34), nos termos do art. 51, inciso IV, Código de Defesa do Consumidor² (BRASIL, 1990).

A relação de consumo é necessariamente formada por dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor. O consumidor é conceituado por Diniz (2011, p. 462) como:

“O consumidor é não só a pessoa física ou jurídica que vem a utilizar produto ou serviço como destinatário final, mas também a coletividade de pessoas, mesmo indeterminável, que intervém nas relações de consumo (Lei n. 8.078/90, art. 2º, parágrafo único)³”.

O fornecedor, por sua vez, “é todo aquele que pratica alguma atividade no mercado, notadamente o produtor, o comerciante e o prestador de serviço” (NERY JUNIOR, 2010, p.35). Nesse sentido, por serem a parte mais fraca da relação de consumo, os consumidores são tratados de forma desigual pela lei, gozando de certas prerrogativas, “a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao princípio da isonomia.” (NERY JUNIOR, 2010, p. 35). Assim preleciona Nelson Nery Junior (2010, p.36):

“O Código contém vários instrumentos destinados à finalidade de colocar-se o consumidor em posição de igualdade com o fornecedor, a fim de que se alcance efetivamente a igualdade real de que trata o *caput* do art. 5º da CF. A regra geral se encontra no art. 4º, I, CDC⁴, que reconhece o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo.”

Nery Junior postula a inserção da isonomia como princípio implícito no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 47, o qual estabelece que a interpretação das cláusulas contratuais se fará de forma mais favorável ao consumidor. Outra manifestação desse princípio está na “possibilidade de, *ope judicis*, inverter-se o ônus da prova em benefício do

² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

consumidor” quando este for hipossuficiente ou quando sua alegação for verossímil (NERY JUNIOR, 2010, p. 36). , nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC⁵.

No âmbito de um mercado contemporâneo marcado pelo exagero no consumo, foi necessário estabelecer a massificação dos produtos, incentivada pelo progresso tecnológico, a fim de suprir toda essa demanda por produtos e serviços. Entretanto, mesmo com o emprego de medidas de controle e segurança, “grande é a porcentagem de mercadorias que entram no processo de comercialização sem condições de serem consumidas ou usadas, por serem defeituosas” (DINIZ, 2011, p. 462), gerando danos aos consumidores.

Assim, em virtude da insuficiência de instrumentos legais para a satisfação dos consumidores vítimas dessa produção em massa de mercadorias (VIEIRA DE MELLO, 2010, p. 408), bem como ante “a dificuldade de se impor a responsabilidade direta ao fornecedor” (DINIZ, 2011, p. 463), o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade civil objetiva deste, a fim de dar maior proteção ao consumidor e garantir a aplicação dos princípios anteriormente mencionados.

Ressalta-se que a responsabilidade objetiva não se confunde com a inversão do ônus da prova, ou seja, a ausência de prova da culpa “não implica dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço.” (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2010, p. 149).

A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor poderá ser atribuída em razão de fato do produto ou vício do produto. Este código, em seu art. 12, dispõe serem o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, responsáveis, independentemente da existência de culpa, pelo fato do produto⁶.

Verifica-se que, neste artigo, o Código de Defesa do Consumidor responsabilizou diretamente o fabricante, produtor, construtor e importador, os quais não mantêm uma relação direta com o consumidor. Nesse sentido, Alvim (2010, p. 684) conceitua esses sujeitos como:

“Entende-se por fabricante aquele que é o responsável pelo desenvolvimento e lançamento de produtos manufaturados no mercado; por produtor aquele

⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

que é o responsável pela colocação no mercado de produtos não industrializados, sendo importador aquele que traz ao País produtos (industrializados ou não).”

No tocante ao comerciante, cuidou o código de responsabilizá-lo em hipóteses mais restritas: nos casos em que o fabricante, construtor, produtor ou importador não puderem ser identificados; nos casos em que o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, importador ou construtor e nos casos em que não forem adequadamente conservados produtos perecíveis, conforme dispõe o art. 13 do CDC⁷. Depreende-se, portanto, que o comerciante possui responsabilidade subsidiária nos casos de fato do produto, enquanto os outros sujeitos respondem solidariamente pelos defeitos dos produtos e serviços.

A responsabilização do fornecedor, nos casos de fato do produto e serviço, impescinde de defeito no produto. “Não basta, pois, a ocorrência de dano” (ALVIM, 2010, p. 686). “Fato do produto significa dano causado por defeito apto a ensejar a responsabilidade do fornecedor” (ALVIM, 2010, p. 686).

É preciso haver um dano oriundo de um defeito no produto ou serviço, existindo entre esses o nexo de causalidade. A ideia de defeito está intimamente ligada à segurança do produto, conforme estabelece o §1º, do art. 12 do CDC⁸. De acordo com Benjamin, Bessa e Marques (2010, p. 149 e 150), a construção do conceito de defeito possui a carência de segurança como elemento central. Essa segurança deve estar dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores e deve basear-se na concepção coletiva da sociedade de consumo (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2010, p.150).

Contudo, a responsabilidade objetiva do fornecedor em virtude de fato do produto admite três excludentes, quais sejam, a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Na primeira hipótese de exclusão de responsabilidade, cabe ao fornecedor demonstrar que não colocou o produto no mercado. Nos casos em que o fornecedor não coloca o produto no mercado para venda, mas o utiliza como amostra grátis ou teste, para haver a aplicação dessa excludente, é preciso demonstrar

⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

- I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

que “a introdução do produto do mercado não se deu por ato voluntário e consciente (ALVIM, 2010, p. 696).

Na segunda hipótese de exclusão da responsabilidade, cabe ao fornecedor demonstrar que inexistente defeito no produto ou serviço e caso demonstre, constituirá fato extintivo do direito do autor. Isso porque se o dano causado não decorrer de um defeito do produto ou do serviço, inexistirá a responsabilidade do fornecedor (ALVIM, 2010, p. 697). Finalmente, na última hipótese de exclusão, cumpre ao fornecedor demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, não podendo utilizar-se da culpa concorrente.

Essas causas de exclusão da responsabilidade civil objetiva, adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor, não são absolutas e, em todas elas, o ônus da prova é do responsável legal, nos termos do art.12, §3º: “só não será responsabilizado quando provar” tais causas (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2010, p.153).

Ultrapassada a responsabilização objetiva do fornecedor em virtude do fato do produto, estudar-se-á a responsabilidade objetiva em razão de vício do produto e do serviço. Os vícios do produto podem ser de dois tipos: vício de qualidade e vício de quantidade.

O vício de qualidade é “aquele capaz de tornar o produto impróprio ou inadequado para o consumo ou, ainda, capaz de reduzir o seu valor” (MIRABELI, 2010, p. 202). Nesse sentido, o fornecedor que vender um produto com vício de qualidade deverá saná-lo no prazo máximo de trinta dias. Caso contrário, poderá o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, a substituição do produto por outro da mesma espécie, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, amparando-se no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor⁹.

O vício de quantidade, por sua vez, diz respeito à desproporção entre as informações constantes no rótulo da embalagem e o efetivo conteúdo do produto (MIRABELI, 2010, p.203). Nesse caso, as sanções impostas ao fornecedor serão escolhidas pelo consumidor, o qual poderá exigir o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou da

⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

medida, a substituição do produto ou a restituição imediata da quantia paga, conforme estabelece o art. 19 do mencionado Código¹⁰.

Há, ainda, o vício referente ao serviço, o qual consiste no defeito que torne impróprio o serviço ao consumo ou lhe diminua o valor ou, ainda, que decorra de disparidade com as indicações constantes da oferta publicitária. Nessa situação, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, a reexecução do serviço, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, de acordo com o art. 20 do CDC¹¹.

Todos os fornecedores, inclusive o comerciante – não tem, nos vícios do produto, a responsabilidade subsidiária -, são solidariamente responsáveis pelos vícios do produto ou do serviço. Ademais, caso haja mais de um responsável pela causa do defeito no produto, todos responderão solidariamente pela reparação. O CDC prevê, ainda, em seu art.23, que a “ignorância sobre o vício não exime o fornecedor de reparar o dano”¹², já que a sua responsabilidade é objetiva.

Finalmente, a fim de reiterar a importância do nosso Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, o exímio tratamento dado ao consumidor nesse código, Benjamin, Bessa e Marques (2011, p. 64) tratam esse código como uma lei de função social, pois introduz um rol de direitos a serem seguidos no mercado de consumo e traz modificações profundas nas relações juridicamente relevantes da sociedade, intervindo de maneira imperativa nas relações de direito privado, o que, antes da sua elaboração, não seria possível em razão da autonomia da vontade.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art.20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

¹² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

1.3 Responsabilidade Civil e o Dano Social

O dano, um dos pressupostos da responsabilidade civil, está intimamente ligado ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida (MELO, 2006, p.111). Se o mais relevante for a relação entre o lesado e seu patrimônio propriamente dito, economicamente mensurável, tem-se o dano patrimonial. Mas se, ao contrário, o que tiver em primeiro plano for a pessoa humana valorada por si só, titular de interesses e atributos não mensuráveis economicamente, surge o dano extrapatrimonial, a qual possui como principal expoente o dano moral (MELO, 2006, p.111).

Em razão do caráter coletivo atribuído à Constituição Federal de 1988, bem como da principologia adotada pelo Código Civil de 2002, o qual escolheu como um de seus regramentos básicos a socialidade, tem-se a explicação do surgimento de novas modalidades de dano, os quais visam a proteger os interesses da coletividade. Em outras palavras, “valoriza-se o *nós* em detrimento do *eu*, bem como, há uma certa superação do caráter individualista.” (TARTUCE, 2011, p. 437).

As relações privadas não devem limitar-se, exclusivamente, às partes envolvidas, mas devem ser inseridas “dentro de um contexto mais amplo de direitos e limitações” (MELO, 2006, p.112). Ou seja, a responsabilidade civil não pode mais orientar-se apenas nos direitos individuais, mas sim, aos direitos individuais sociais, os quais têm forte carga de solidariedade (MELO, 2006, p.112).

Nesse contexto, surgem os chamados danos contemporâneos, aqueles que extrapolam os limites da pessoa lesada, atingindo toda a sociedade, dentre os quais estão os danos sociais, foco do presente trabalho.

Os danos sociais são conceituados por Diniz (2011, p.79) como aqueles que, por atingir o valor social do trabalho, o meio-ambiente, a educação, o lazer, etc., alcançando toda a sociedade, podem provocar insegurança ou redução da qualidade de vida desta. “É uma lesão à sociedade no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de sua segurança quanto por diminuição de sua qualidade de vida” (DINIZ, 2011, p.80). Conforme estabelece Melo (2006, p.113), a pessoa, seja física ou jurídica, que causa os danos sociais não prejudica apenas ao lesado, mas a ordem social como um todo, ou seja, “o dano acaba extrapolando os limites da pessoa lesada” (TARTUCE, 2008, s.p).

Nesse sentido, os danos sociais não restringem-se à mera satisfação do indivíduo, devem alcançar, também, “o verdadeiro reequilíbrio social, a prevenção e a punição de

comportamentos antissociais, propiciando, de alguma forma, benefícios para a própria sociedade” (MELO, 2006, p.114).

De acordo com Junqueira de Azevedo (2004 apud TARTUCE, 2011, p. 438), “os danos sociais decorrem de condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos” e, por isso, têm certo caráter punitivo além do cunho compensatório, eliminando e dissuadindo comportamento reprováveis. Dessa forma, o ofensor não repetiria mais tais comportamentos.

Tartuce (2008) postula que:

A ideia do dano social mantém relação com o importante papel assumido pela dignidade humana em sede de Direito Privado, e pela tendência de se reconhecer uma amplitude maior aos direitos da personalidade. É no âmbito desses direitos imateriais que surgirão as aplicações práticas dos danos à sociedade.

Na prática, poderá ocorrer os danos sociais, por exemplo, quando uma pessoa fuma próximo ao posto de combustíveis e, em razão disso, o posto explode; ou ainda, uma empresa que diminui a fórmula de um medicamento, provocando a morte de alguns pacientes. O ponto comum dessas situações refere-se à extrapolação da pessoa lesada; ou seja, em ambos os casos, o dano atinge a uma coletividade, a um grupo indeterminado de pessoas (TARTUCE, 2008, s.p).

Percebe-se, então, que os danos sociais podem gerar repercussões materiais ou morais, atuando nas searas patrimoniais e extrapatrimoniais, e é exatamente isso que o difere dos danos morais coletivos, outra modalidade dos chamados danos contemporâneos, pois estes são apenas extrapatrimoniais.

Diante disso, Junqueira de Azevedo (2004 apud TARTUCE, 2008) “sugere que o dano social merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático”, a fim de punir o ofensor e evitar que ele pratique novamente a ação socialmente reprovável.

Na lição desse autor (apud DINIZ, 2011, p. 80), a indenização terá caráter punitivo quando o agente agir com dolo ou culpa grave, reduzindo as condições coletivas de segurança e, portanto, a indenização terá a finalidade de restaurar o nível social de tranquilidade que foi diminuído pela infração dolosa ou culposa. A indenização será dissuasória caso o ato praticado por pessoa jurídica diminuir a qualidade de vida da sociedade e, para que não haja repetição desse ato, pelo agente ou por outros, aplica-se essa indenização.

Cumprе destacar alguns apontamentos concernentes aos danos sociais e às experiências estrangeiras, como “os *punitive damages* ou *exemplary damages*, fenômenos consolidados nos países de *common law*” (MELO, 2006, p.124). Os *punitive damages* (danos punitivos) são quantificados em quantia que supere, e muito, o prejuízo. Na aplicação dos

danos punitivos, “a condenação ao pagamento de soma em dinheiro é primariamente punitiva, gerando, em segundo plano, uma compensação para a vítima” (MELO, 2006, p.125).

Por sua vez, na indenização por danos sociais, primordialmente compensam-se os danos sofridos pela (s) vítima (s), “gerando, indiretamente, efeitos punitivos contra o autor da lesão” (MELO, 2006, p. 125).

Logo, na *common law*, os danos punitivos representam um *plus*, separado do montante compensatório, enquanto no Brasil, o binômio compensação-desestímulo é, em regra, o que compõe a indenização, segundo maior parte da doutrina e jurisprudência (MELO, 2006, p.125).

A aplicação dos danos sociais possui algumas discussões e controvérsias, dentre as quais está a forma de mensurá-los e os critérios utilizados para atribuir um valor a esses danos. Para Melo (2006, p.128), a jurisprudência utiliza, para aplicar os danos sociais, situações subjetivas do ofensor (dolo e culpa, por exemplo) e situações objetivas como a repercussão social do dano, a gravidade deste e práticas reiteradas do ofensor.

Outra discussão refere-se à destinação dos danos sociais, uma vez que se destinado à vítima, considerada individualmente, poderia gerar seu enriquecimento sem causa. Assim, parte da doutrina acredita que o montante concernente aos danos sociais deverá ser revertido para entidades de fins sociais ou beneficente, aplicando-se analogicamente o art. 883¹³, parágrafo único do Código Civil de 2002 (MELO, 2006, p.137).

O Código de Defesa do Consumidor trata em seu art. 6º, inciso VI¹⁴, da reparação por danos sociais, considerando-os difusos, ou seja, envolvem vítimas indeterminadas ou indetermináveis, uma vez que toda a sociedade seria vítima da conduta. Isso, portanto, seria uma justificativa para destinar a indenização para um fundo de proteção ou instituição de caridade.

Os defensores dessa vertente alegam que a destinação dos danos sociais para entidades beneficentes evitaria que a vítima enriquecesse sem causa, bem como estaria em consonância com os princípios da solidariedade social e de justiça distributiva, bases do novo direcionamento dado à responsabilidade civil (MELO, 2006, p.140).

¹³ BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e **difusos**; (grifou-se).

Em contrapartida, há doutrinadores que defendem a destinação dos danos sociais à própria vítima, como Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, sob o fundamento de que foi ela quem faticamente trabalhou, agindo, dessa forma, como *munus* público (AZEVEDO, 2004, p. 216-217).

Discute-se, ainda, a possibilidade de aplicação dos danos sociais em ações individuais, nas quais o juiz entender oportuno o seu cabimento, ou se a indenização por danos sociais só poderá ser pleiteada em demandas transindividuais, em uma ação civil pública, por exemplo. Sobre o assunto, Paolo Gallo (1996 apud MELO, 2006, p.140) entende que:

Há situações práticas em que o dano é difuso e não há qualquer ação dos órgãos legitimados, ou apenas parcela dos legitimados resolvem provocar a tutela jurisdicional. Nem por isso, ao nosso ver, a punição-compensação das ofensas morais deixarão de existir.

Em razão do objetivo do presente trabalho ser justamente analisar as discussões explicitadas, far-se-á um estudo aprofundado de cada uma delas nos próximos capítulos.

2 A doutrina do Dano Social em Ações Coletivas e Individuais

Neste 2º capítulo, far-se-á um estudo mais aprofundado acerca dos danos sociais, explicitando como a doutrina conceitua esses danos, os problemas mais relevantes na sua aplicação e que eles representam violações a interesses difusos, ou seja, atingem a sociedade. A partir disso, será demonstrado qual o meio processual adequado para aplicar os danos sociais, ressaltando-se que, justamente por tutelarem interesses de uma sociedade, de pessoas indeterminadas, devem ser aplicados no âmbito das ações coletivas. A fim de validar esse argumento, serão utilizados, dentre outros, os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso e Hugo Nigro Mazzilli, além das Leis n. 4717/85 e n. 7347/85, concernentes à ação popular e à ação civil pública, respectivamente. Esse capítulo versará, ainda, sobre a inadequação das ações individuais como forma de tutela dos danos sociais, sendo, inclusive, essa a hipótese que será apresentada no presente trabalho. Para validá-la, frisando-se a impossibilidade jurídica de se aplicar os danos sociais em lides individuais, serão utilizados os ensinamentos de vários processualistas, como Carreira Alvim e Humberto Theodoro Junior, os princípios norteadores do processo civil e os dispositivos do Código de Processo Civil, demonstrando que a aplicação dos danos sociais em lides individuais, sem que a parte ofendida tenha os pleiteado, extrapola os limites subjetivos e objetivos da demanda e fere a inércia da jurisdição e a correlação da demanda.

2.1 Dano Social como Lesão a Interesses Difusos da Sociedade

Conforme já mencionado, os danos sociais representam, à luz da atual função civil-constitucional da responsabilidade no âmbito civil, a reparação não apenas da vítima, mas de toda a coletividade, através de indenizações “que representem verdadeiro desestímulo ao ofensor e que respondam aos anseios da coletividade” (MELO, 2006, p. 143).

Nesse contexto, a conduta reparável por danos sociais não atingiria apenas a um indivíduo determinado e isolado, mas sim, a indivíduos indeterminados e indetermináveis, pois é a sociedade quem seria prejudicada pela conduta. Eis, então, que os danos sociais, conforme o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê, seriam uma lesão a interesses difusos da sociedade. Mas o que são interesses difusos?

Primeiramente, é necessário separar, de um lado, os interesses individuais e, de outro, os chamados interesses metaindividuais. Os primeiros, obviamente, limitam-se à órbita de

atuação individual, enquanto os segundos, depassam essa órbita para se projetarem na ordem coletiva, tendo, portanto, finalidade altruística (MANCUSO, 2011, p. 83).

Os interesses metaindividuais são gêneros, que comportam, como espécies, os interesses coletivos e os interesses difusos. Parte da doutrina defende que há, pelo menos, duas diferenças específicas entre essas espécies de interesses; uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Sob o primeiro enfoque, verifica-se que os interesses difusos abrangem um universo maior do que os interesses coletivos, pois os primeiros concernem a toda a humanidade, os segundos, no entanto, estão limitados a um grupo social ou a certos segmentos definidos ligados por um vínculo jurídico, uma relação-base (MANCUSO, 2011, p.86). Sob o segundo enfoque, “vê-se que o interesse coletivo concerne ao homem em sua projeção corporativa, ao passo que, o interesse difuso toca ao homem simplesmente enquanto ser humano, independente de outras conotações”. (MANCUSO, 2011, p.86).

É possível visualizar os interesses em uma escala crescente de coletivização. Assim, evolui-se desde os interesses do indivíduo isoladamente considerado, passando pelos interesses sociais, aqueles do grupo visto como pessoa jurídica; mais um passo e chega-se aos interesses coletivos, os quais ultrapassam as esferas anteriores, mas limitam-se a valores referentes a grupos sociais; no próximo grau está o interesse geral ou público (como segurança pública, saúde pública); finalmente, no último grau dessa escala estaria o interesse difuso (MANCUSO, 2011, p.87).

É de extrema valia ressaltar que o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso e coletivo, pois se trata de espécies distintas. Mas, é possível que um único evento fático e sua consequente relação jurídica possam originar interesses múltiplos. Por exemplo, “a pretensão de anular uma cláusula abusiva em contrato de adesão versa sobre interesses coletivos, mas será difuso o interesse de afastar essa cláusula nos contratos futuros” (MAZZILLI, 2012, p. 60).

De acordo com Mancuso (2011, p.93), os interesses difusos possuem como características básicas a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade, duração efêmera e contingencial. No tocante à primeira característica, a indeterminação dos sujeitos, vê-se que os interesses difusos referem-se a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos, ou seja, o parâmetro da tutela não é mais a titularidade – como nos interesses juridicamente protegidos – , mas sim, a relevância, em si, do interesse, isto é, a sua relevância social.

Assim, não importa saber quem é o titular dos direitos difusos, uma vez que vários sujeitos indeterminados o são. Em virtude disso e do objeto desses direitos ser sempre um

bem coletivo, indivisível; a satisfação de um interessado implicaria, necessariamente, a satisfação de todos, assim como a lesão de um ocasionaria a lesão de todos os outros (GRINOVER, 2002, apud MANCUSO, 2011, p.94).

A indeterminação dos sujeitos advém da ausência de um vínculo jurídico capaz de coligar os sujeitos afetados por esses interesses, pois esses sujeitos se agregam ocasionalmente em razão de determinadas circunstâncias, como o fato de consumirem certo produto, de habitarem certa região etc. (MANCUSO, 2011, p. 95).

A indivisibilidade dos direitos difusos refere-se à impossibilidade de partição em *quotas* atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos (MANCUSO, 2011, p.98). O meio ambiente, por exemplo, por ser compartilhado por um número indeterminado de pessoas, não pode ser quantificado ou divido pela coletividade, assim também não o pode a indenização obtida em virtude da degradação ambiental (MAZZILLI, 2012, p.55).

Explica-se a indivisibilidade “não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse em si mesmo é indivisível” (MAZZILLI, 2012, p.55). Dessa forma, eventual indenização obtida será consequentemente indivisível.

Em suma, os interesses difusos são caracterizados pela indivisibilidade, pois “não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado” (MANCUSO, 2011, p.100).

No tocante à intensa litigiosidade interna, outra característica dos direitos difusos, verifica-se que esses interesses são desagregados, não há um vínculo jurídico básico que os coalesce (MANCUSO, 2011, p.100). Percebe-se, ainda, que os conflitos resultantes dos interesses difusos “não guardam as características dos conflitos intersubjetivos tradicionalmente concebidos na fórmula *Tício versus Caio*”, tampouco limitam-se aos conflitos bem delineados que abrangem interesses coletivos, como os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, “têm por causas remotas verdadeiras escolhas políticas” (MANCUSO, 2011, p. 101).

A título de exemplificação, tem-se “a proteção dos recursos naturais conflitando com os interesses da indústria madeireira, ou ainda, a instituição de censura prévia nas diversões públicas conflitando com o interesse da classe artística na livre expressão de seus trabalhos” (MANCUSO, 2011, p.100). Nos interesses difusos, portanto, “não há um parâmetro jurídico específico que permita uma avaliação axiológica preliminar sobre a posição certa e errada” (MANCUSO, 2011, p.101).

Em todos os exemplos citados, Mancuso (2011, p.102) afirma que “a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais”.

Sobre o assunto, Mazzilli (2012, p. 130) entende que:

Na tutela coletiva, é frequente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto, nos conflitos tipicamente individuais, a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo isoladamente ou em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si – também chamados ‘interesses macrosociais’ –, como as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para a sua própria subsistência).

Em virtude dos interesses difusos não se apresentarem atrelados a um vínculo jurídico básico, mas sim, a situações de fato, contingenciais; eles são caracterizados pela mutabilidade, podendo desaparecer a medida que a situação de fato se extingue, ou ainda, podendo reaparecer mais adiante se e quando a situação de fato ressurgir. Essa última hipótese tem como exemplo a ação julgada por insuficiência de provas, a qual poderá ser reproposta em um momento futuro caso hajam novas provas, conforme estabelece o art. 18¹⁵, da Lei de Ação Popular, Lei n. 4.717/65 (MANCUSO, 2011, p. 105).

Inclusive, é nesse aspecto que surge uma diferença entre interesses difusos e direitos difusos: os primeiros, oriundos do plano fático, tendem a transformar-se indefinidamente, enquanto os segundos, atrelados ao plano ético-normativo, esgotam sua função ao propiciar vantagem a seu titular ou ao criar, modificar e extinguir o *statu quo ante* (MANCUSO, 2011, p. 106). Mazzilli (2012, p. 54) também diferencia interesse difuso de direito difuso ao estabelecer que “interesse é a pretensão; direito é a pretensão amparada pela ordem jurídica”.

Todavia, por serem mutáveis, os interesses difusos têm, como consequência, a baixa estabilidade temporal, ou seja, se estes não forem tutelados prontamente, irão modificar-se, acompanhando a transformação da situação fática que lhes é subjacente (MANCUSO, 2011, p.106).

Mancuso (2011, p.107) dispõe que outra consequência da natureza mutável dos interesses difusos refere-se à irreparabilidade da lesão em termos substanciais. Isso porque, esses interesses emanam dos valores mais elevados para a sociedade, como o meio ambiente,

¹⁵ BRASIL. Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965. Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

a educação etc., os quais são valores infungíveis, insuscetíveis de reparação pecuniária e, portanto, ao lesionar qualquer desses interesses, a ordem jurídica não poderá oferecer uma reparação integral e em espécie.

Então, esse autor acredita que o direito moderno deve preocupar-se em oferecer sucedâneos ressarcitórios, como por exemplo, em ação proposta por usuários de táxi da Califórnia, que pretendiam recuperar o excesso cobrado pela companhia e, em virtude da impossibilidade de fixação do *quantum* e de se calcular o número de usuários daquele período, a Corte Suprema condenou a empresa de táxi a oferecer um desconto no preço habitualmente cobrado em cada trajeto (MANCUSO, 2011, p.107).

Ultrapassadas as considerações acerca das características dos interesses difusos, estabelecer-se-á quais podem ser os interesses difusos de uma sociedade. Partindo-se do fato de que os interesses difusos são transindividuais, ou seja, ultrapassam o indivíduo isoladamente, eles devem representar os interesses de toda a sociedade e, conseqüentemente, a lesão a esses interesses deverá ser reparada visando a um bem comum.

Nesse sentido, é possível citar a proteção ao meio ambiente como um interesse difuso, uma vez que sujeitos indeterminados e indetermináveis usufruem esse interesse, sendo ele indivisível (não é possível separar o meio ambiente em *quotas* para cada sujeito) e a lesão a esse interesse repercutirá em toda a sociedade. Veja-se, também, uma propaganda comercial enganosa veiculada na televisão atingirá sujeitos indeterminados e indetermináveis, os quais estão ligados por uma situação de fato. Assim, a proteção ao consumidor também é considerado um interesse difuso.

Menciona-se, ainda, como interesses difusos, a proteção ao patrimônio público e social, uma vez que a lesão ao erário provoca conseqüências em toda a sociedade. E a proteção ao patrimônio cultural, pois um bem tombado, por exemplo, possui uma função social, tem uma importância histórica, artística ou cultural para sujeitos indeterminados e indetermináveis de uma sociedade, sendo a sua lesão uma violação aos interesses de todos esses sujeitos.

Em caso de violação a quaisquer dos interesses difusos mencionados ou, inclusive, àqueles não mencionados, como deverá ser feita a sua reparação jurisdicionalmente? Quem terá legitimidade para propor uma ação que visa a beneficiar inúmeros sujeitos indetermináveis e indeterminados? Essa é a maior preocupação e o ponto central da tutela dos interesses metaindividuais.

Mazzilli (2012, p. 61) estabelece que os interesses difusos deverão ser protegidos jurisdicionalmente por meio do processo coletivo. Isso porque, “não só esses interesses são

intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva”, seja para beneficiar os lesados, ou ainda, para preservar a ordem jurídica. Assim, o legislador preocupou-se em estipular regras próprias sobre o assunto, especialmente concernentes à legitimação ativa, à competência, à imutabilidade da coisa julgada etc.

Ressalta-se que as ações coletivas, aquelas cuja finalidade é um interesse social, devem preencher o requisito da admissibilidade processual assim como as ações individuais, ou seja, devem estar presentes as condições da ação, o trinômio “interesse-legitimidade-possibilidade jurídica”, conforme dispõe o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil¹⁶.

Quando se trata da tutela aos interesses difusos, será possível reconhecer o interesse processual pelo fato de que o interesse em questão será socialmente relevante e, portanto, “digno de proteção jurisdicional” (MANCUSO, 2011, p. 163). Não importa que seu titular seja indeterminado – aliás, no âmbito dos interesses difusos não cabe falar em titularidade. Logo, o que se pretende é que um interesse seja tutelável pelo fato de ser legítimo e socialmente relevante, e não, pela circunstância de ser afetado a um titular exclusivo” (MANCUSO, 2011, p. 167).

No tocante à legitimidade ativa na tutela dos interesses difusos, como não é possível exigir que esses interesses apresentem-se organizados, com titulares certos, é bastante árdua a tarefa de elencar os legitimados à propositura da ação coletiva. “O legitimado não opera em termos de exclusividade, mas de veículo ou instrumento idôneo a solicitar a tutela judicial adequada” (MANCUSO, 2011, p.183).

Dessa forma, Mancuso (2011, p.184) entende que, “tratando-se de direitos difusos, o ideal seria que a legitimação fosse também difusa, isto é, aberta a todos os interessados” e o instrumento processual hábil seria a ação popular, por meio da qual poderia haver a participação de um grande contingente humano. Outros legitimados a tutelar os interesses difusos seriam, na visão desse autor, os órgãos e/ou agências governamentais criadas para esse fim, sobretudo no que concerne aos consumidores e à ecologia (MANCUSO, 2011, p. 219). Obviamente, tratando-se da legitimação para agir em matéria de interesses difusos, o Ministério Público também estaria no rol dos legitimados, em virtude ser um órgão criado para atuar na tutela do interesse social.

Em relação à possibilidade jurídica do pedido, no âmbito das ações coletivas, tem-se que inexistente taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais, ou

¹⁶ BRASIL. Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 1973. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

seja, não há uma limitação do que se pode ou não pedir. Por isso, “além das hipóteses expressamente previstas em outras leis (defesa do meio-ambiente, consumidor, patrimônio cultural etc), quaisquer outros interesses difusos poderão, em tese, ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva” (MAZZILLI, 2012, 118).

Percebe-se, assim, que o processo coletivo é marcado por discussões doutrinárias. Dar-se-á mais ênfase às ações coletivas nos capítulos seguintes. O importante no momento é visualizar que os danos sociais, por serem lesões a interesses difusos da sociedade, têm sede adequada de tutela no âmbito das ações coletivas, as quais têm eficácia contra a sociedade, conforme será melhor desenvolvido no tópico seguinte.

2.2 Dano Social e sua adequação às Ações Coletivas

O processo será coletivo quando tiver como objetivo principal a tutela de um dos interesses metaindividuais. A pretensão, portanto, refere-se à coletividade, a sujeitos indeterminados, sendo a indivisibilidade a sua característica básica (CASTRO MENDES, 2002 apud MANCUSO, 2008, p. 63).

Ressalta-se que a presença de várias pessoas integrando a relação processual não qualifica a natureza coletiva da ação (CASTRO MENDES, 2002 apud MANCUSO, 2008, p.61). Assim, não se pode relacionar o “processo coletivo ao cúmulo subjetivo nos polos ativo e/ou passivo de uma ação”, como nas figuras litisconsorciais, por exemplo (MANCUSO, 2008, p.62). Isso porque o litisconsórcio é a mera cumulação de demandas singulares, enquanto o processo coletivo é a tutela dos interesses comuns (MANCUSO, 2008, p. 62). Ou seja, o primeiro é eminentemente egoísta e o segundo é eminentemente altruísta.

Para enquadrar o objeto litigioso em um interesse metaindividual, é fundamental a causa de pedir e o pedido formulado. Ambos serão “interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido” (MANCUSO, 2008, p. 65). O que qualifica uma ação como coletiva é o interesse tutelado por ela: as ações coletivas tutelam interesses metaindividuais.

Para Castro Mendes (2002 apud Mancuso, 2008, p.75), “para se ter um processo como propriamente coletivo, impende que ele esteja preordenado a quatro objetivos”: ampliar o acesso à Justiça, de forma que causas individuais menos significantes representem quantias vultuosas quando reunidas, como os direitos dos consumidores; representar economia processual e judicial; oferecer maior segurança à sociedade e ser instrumento de garantia da

isonomia, na medida em que se estaria evitando a prolação de decisões contraditórias em demandas individuais; ser o instrumento efetivo para o equilíbrio das partes (CASTRO MENDES, 2002 apud MANCUSO, 2008, p.75).

A admissão da defesa de um direito por quem não seja seu titular, como ocorre na tutela coletiva, é excepcional. Por isso, o campo da tutela coletiva apenas ganhou força com a Constituição Federal de 1988. Antes desta, haviam poucas fórmulas para a defesa global, em juízo, de interesses transindividuais, dentre as quais cita-se “a ação popular, algumas ações civis públicas e a autorização a entidades de classe para postular interesses coletivos em juízo” (MAZZILLI, 2012, p. 69).

Com a edição da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, disciplinou-se a responsabilidade por danos a interesses coletivos e difusos. O Código de Defesa do Consumidor também tratou do assunto, distinguindo os interesses transindividuais e introduzindo em nossa ordem jurídica as expressões “interesses individuais homogêneos” e “ações coletivas” (MAZZILLI, 2012, p.69). Nesse sentido, os interesses transindividuais são tutelados pelas ações coletivas justamente por não pertencerem “exclusivamente a um patrimônio jurídico determinado, mas sim, ao da sociedade em seu todo” (ZAVASCKI, 2011, p. 47).

O Código de Defesa do Consumidor cuidou, ainda, da caracterização dos interesses transindividuais em seu art. 81, parágrafo único¹⁷, bem como estabeleceu que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos por ele, nos termos de seu art.83¹⁸.

Cita-se, ainda, outra norma presente na ordem jurídica brasileira que trata sobre o processo coletivo, qual seja, a Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717/65, que trata mais especificamente dos interesses difusos, “justamente porque a noção abrangente de patrimônio público permite pleitear a invalidação do ato” (MANCUSO, 2008, p. 55) quando houver prejuízo pecuniário e lesar bens imateriais ou refratários a uma avaliação em termos de moeda (MANCUSO, 2008, p.55).

¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Conforme estabeleceu o Ministro Rosado de Aguiar (2000 apud MAZZILLI, 2012, p. 69):

“É preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidade, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é via adequada para tais hipóteses, e por isso, deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz.”¹⁹

Certo é que, mesmo com toda a legislação acima mencionada acerca do processo coletivo, não é possível “concluir pela existência de uma sistema processual que nutra absoluta independência em relação às regras de tutela intersubjetiva previstas no Código de Processo Civil” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.44). Veja-se que vários dos princípios gerais da sistemática processual civil aplicam-se em sede de jurisdição civil coletiva, como o art. 19²⁰, da Lei nº 7.347/1985 (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.44).

Dessa forma, “as jurisdições civis individual e coletiva possuem um núcleo comum, uma base legislativa idêntica sobre a qual se desenvolvem os princípios peculiares e adequados à tutela de seus respectivos objetos” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.44). Ou seja, a jurisdição coletiva “não inviabiliza o reconhecimento da existência de uma Teoria Geral do Processo”, ela apenas impõe algumas alterações a essa Teoria de forma a efetivar a “tutela de interesses que não comportam fragmentação” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.44).

Nesse contexto, conforme já melhor explicitado, os danos sociais são lesões a interesses difusos, uma vez que envolvem vítimas indeterminadas ou indetermináveis e, inclusive, essa é a principal justificativa dos doutrinadores favoráveis à destinação da indenização a um fundo de proteção ou instituição de caridade. Assim, por estarem relacionados diretamente aos interesses difusos – espécie de interesses transindividuais - os danos sociais devem ser tutelados no âmbito das ações coletivas, não se mostrando razoável, portanto, a sua aplicação nas ações individuais.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 235-422/SP. Relator: Ministro Rosado de Aguiar. DJ, 18 dez. 2000, p. 202.

²⁰BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Logo, é possível pleitear e aplicar os danos sociais nas ações civis públicas, por exemplo. A Lei nº 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública, foi o principal marco, em nossa ordem jurídica, “na instituição de mecanismos procedimentais adequados à tutela dos interesses metaindividuais” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.43). Isso porque “a ação civil pública passou a ser o instrumento adequado para a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo”, a mercê de ampla utilização por qualquer dos legitimados ativos (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003,p.42).

Utiliza-se a ação civil pública, em larga escala, na tutela do patrimônio cultural, do meio-ambiente, do consumidor. A própria Constituição da República de 1988 assevera, em seu art. 129, inciso III²¹, ser função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.41).

O art. 2º da Lei nº 7.347/1985²² traça a regra geral de competência para o julgamento de ações civis públicas, qual seja, o foro do local onde ocorreu o dano. Assim, mesmo sendo a competência, nesse caso, definida como territorial, ela também é caracterizada como funcional, em razão de ter sido firmada tendo em vista “a proximidade do juiz em relação ao impacto decorrente do dano (ou de sua ameaça), o qual possui melhores condições de exercer a função jurisdicional no caso concreto” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.94).

Todavia, não raras vezes, determinado dano ultrapassa os limites do território de determinada comarca. Nesses casos, soluciona-se o problema com a prevenção, ou seja, “surge a hipótese de competência concorrente, a qual deverá ser dirimida à luz dos arts. 106, 107 e 219²³ do Código de Processo Civil” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p. 100).

Sobre o assunto, ressalta Ciochetti de Souza (2003, p.101) que, em virtude da regra territorial-funcional, de natureza absoluta, “não há falar-se em ampliação de competência do juiz que originariamente, por critérios processuais, não a detinha, como objetivado pelas normas de conexão insertas no Código de Processo Civil”.

No tocante à legitimação para agir em tema de interesses difusos, verifica-se um vulto no assunto, visto que os interesses difusos, por sua própria natureza, “não comportam

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

²² BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

²³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.

Art. 107. Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado ou comarca, determinar-se-á o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel.

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

aglutinação necessária junto a certas entidades credenciadas pelo Poder Público, como ocorre com os interesses coletivos” (MANCUSO, 2011, p. 176).

É por essa razão que “o instituto da legitimidade sofreu profunda alteração, de sorte a permitir a defesa de interesses transindividuais de pessoas não identificadas por intermédio de um terceiro: o representante adequado” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.37).

No âmbito da ação civil pública, os legitimados para propô-la e, consequentemente, aptos para tutelar os interesses difusos, estão elencados no art.5º da Lei nº 7.347/1985 e são: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, a fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Verifica-se a partir da leitura e interpretação do mencionado dispositivo que o legislador adotou uma legitimação concorrente-disjuntiva, “ao conceder poder de agir a entidades associativas, órgãos públicos, entes políticos e Ministério Público, que tanto podem atuar *de per si* como consorciados” (MANCUSO, 2011, p. 265).

Para Pedro Lenza (2005 apud MANCUSO, 2011, p. 266), a legitimação em foco é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Ela é extraordinária, pois a coletividade será sempre substituída. É caracterizada como autônoma, pois é dispensável a presença do legitimado ordinário quando este for identificado. É exclusiva em relação à coletividade substituída, uma vez que basta a presença do legitimado ativo para formar o contraditório. É concorrente em relação aos representantes adequados, os quais concorrem igualmente entre si para a propositura da ação. Finalmente, é disjuntiva, uma vez que qualquer dos legitimados poderá propor a ação sozinho, sem anuência ou intervenção dos demais.

Além das ações civis públicas, é possível, também, pleitear os danos sociais através das ações populares. “A proteção dos interesses difusos e coletivos é a finalidade, *lato sensu*, da ação popular” (ALENCAR, 2008, p. 54). A Constituição da República, em seu art. 5º, LXXIII²⁴, estabelece que o objeto da ação popular é o de anular atos lesivos ao patrimônio

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (ALENCAR, 2008, p. 54).

Para Alencar (2008, p.54), “a ação popular visa defender interesses difusos e coletivos e não direitos, pois, estes têm carga axiológica privatista, significando, em verdade, direitos subjetivos ou interesses legítimos”. A propositura da ação popular carece de alguns requisitos, dentre os quais, ter a qualidade de cidadão. Depreende-se, portanto, que a idade mínima para propor uma ação popular é de 16 anos, pois com essa idade, ganha-se a qualidade de cidadão e, conseqüentemente, a capacidade eleitoral ativa. Dá-se importância a esse pressuposto, uma vez que a ação popular é um direito político, uma das formas de participação popular por meio direto (ALENCAR, 2008, p. 40).

Outro requisito importante para a propositura da ação popular é o interesse cívico, no qual a legitimação do autor desta ação deve centrar-se. Ou seja, não pode o demandante ter proveito individual com seu desfecho (ALENCAR, 2008, p. 43).

Ressalta-se que, em razão da ação popular tutelar interesse coletivo e difuso, uma vez ajuizada, não será possível sua extinção por desistência do autor, sem que antes cumpram-se as cautelas descritas no art. 7º, inciso II²⁵, da Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717/1965, de forma a assegurar a qualquer cidadão ou representante do Ministério Público promover o prosseguimento da ação, conforme art.9º²⁶ dessa lei.

Ultrapassadas essas breves considerações acerca das ações coletivas mais usuais, nas quais é possível pleitear os danos sociais, analisar-se-á os efeitos da coisa julgada no processo coletivo. A coisa julgada é “o resultado prático e efetivo do processo, ditando a norma de direito material para o caso posto sob apreciação do Poder Judiciário” (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.192).

Segundo o art. 467 do Código de Processo Civil, “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Portanto, com a coisa julgada, a decisão começa a produzir seus efeitos,

²⁵ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Art. 7º. A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas: II - Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 3 (três) dias após a entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

²⁶ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Art. 9º. Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

deixando o campo jurídico para ingressar na vida em sociedade, traduzindo uma norma individual ou coletiva (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.193).

Assim, a coisa julgada possui como características a imperatividade (típica de comandos legais) e a imutabilidade de seus efeitos, a fim de propiciar segurança jurídica e social (CIOCCHETTI DE SOUZA, 2003, p.194). De acordo com a teoria clássica, a imutabilidade da coisa julgada limitava-se às partes do processo, porém, em se tratando de interesses metaindividuais com objetos indivisíveis, como o interesses difuso e o coletivo estrito senso, a eficácia do julgado se projetará para além das partes do processo, atingindo a toda sociedade - interesses difusos - ou a um grupo, categoria ou classe de lesados - interesses coletivos estrito senso (MAZZILI, 2012, p. 605).

O Código de Defesa do Consumidor disciplina o fenômeno da coisa julgada nas ações coletivas da seguinte forma: no tocante aos interesses difusos, a sentença transitada em julgado será imutável *erga omnes*, “exceto se a improcedência decorrer de falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com nova prova” (MAZZILI, 2012, p.606).

No tocante aos interesses coletivos, a sentença será imutável *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe de lesados, “exceto se a improcedência se der por falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com base em nova prova” (MAZZILI, 2012, p.606). Ressalta-se que “para beneficiar-se da coisa julgada formada em ação coletiva, o autor da ação individual deverá ter requerido oportunamente a sua suspensão” (MAZZILI, 2012, p.606).

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, a sentença será imutável *erga omnes* só em caso de procedência. Nesse caso, conforme estabelece o art. 103²⁷, do Código de Defesa do Consumidor, o autor da ação individual também deve requerer a sua suspensão, para que possa beneficiar-se da coisa julgada da ação coletiva (MAZZILI, 2012, p.607). Poderá ocorrer a chamada extensão da coisa julgada para beneficiar vítimas e sucessores se houver procedência dos pedidos e dentro dos limites do pedido formulado no processo coletivo.

Para Mazzili (2012, p. 608):

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Enfim, a coisa julgada no processo coletivo é tratada de forma a beneficiar indistintamente o grupo lesado: a) quando a sentença é de procedência, produz imutabilidade *erga omnes* ou *ultra partes*, para beneficiar vítimas e sucessores; b) quando a sentença é de improcedência por falta de provas, nova ação pode ser proposta se fundada em nova prova; c) a improcedência não prejudica direitos individuais.

Dessa forma, é de extrema importância que os danos sociais sejam pleiteados no âmbito das ações coletivas, a fim de que a sentença proferida faça coisa julgada *erga omnes*, extrapolando as partes do processo e atingindo toda a sociedade. Esse desiderato não poderá ser alcançado caso os danos sociais sejam pleiteados em ações individuais, uma vez que a sentença nessas ações faz coisa julgada para as partes apenas, bem como a aplicação dos mencionados danos nas ações individuais extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, conforme demonstrar-se-á a seguir.

2.3 O Dano Social e sua inadequação às Ações Individuais

A aplicação dos danos sociais em ações individuais, sem que a parte sequer tenha pleiteado esses danos, conforme vêm se utilizando alguns magistrados, viola diversos princípios e regras fundamentais do direito processual civil brasileiro.

Um dos princípios norteadores da teoria geral do processo civil diz respeito ao princípio da inércia, o qual dispõe que “a imparcialidade que caracteriza os órgãos jurisdicionais os impede de exercer suas funções, senão a pedido de quem entenda lesado ou ameaçado de lesão num direito seu.” (ALVIM, 2012, P. 58). Para Alvim (2012, p.58), o interessado, no seu exercício, deve provocar a jurisdição, não sendo esta, em regra, automovimentada.

Não há, em nossa ordem jurídica, a jurisdição sem ação. Conforme estabelece Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 64), “a jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*”. O próprio Código de Processo Civil elucida esse princípio em seu art.2º: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Dessa forma, na hipótese de aplicação dos danos sociais em ações individuais, nas quais a parte nem sequer pleiteou essa indenização, haveria um confronto explícito ao mencionado princípio, uma vez que a parte não teria impulsionado a jurisdição para obter a indenização por danos sociais, ou seja, no tocante a estes, o processo teria sido movimentado sem a provocação do interessado.

Acrescenta-se, ainda, o princípio da demanda, no qual os limites da atuação jurisdicional são determinados pelo pedido formulado pela parte, limitando a atuação jurisdicional, bem como a fixação do objeto a ser decidido. Esse princípio define que o órgão jurisdicional somente age quando provocado e nos exatos termos do pedido, a fim de evitar o julgamento extra petita - além do pedido e de natureza diversa – (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p.75).

Outro princípio violado com a aplicação dos danos sociais em ações individuais é o princípio da imparcialidade do juiz. De acordo com Dinamarco (2009, p. 206), o juiz tem o dever de agir com imparcialidade, não levando em consideração sentimentos ou interesses próprios e, assim, atuando com abstração de sua própria pessoa. “Quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa” (DINAMARCO, 2009, p. 206).

Portanto, ao deferir uma indenização suplementar (danos sociais), cujo beneficiário seria a coletividade, em uma ação de caráter individual e privado, o Judiciário estaria violando os princípios básicos que norteiam o direito processual civil, uma vez que estaria decidindo além do que foi pedido e além do que foi objeto do processo e, ainda, estaria em desacordo com a imparcialidade prevista aos juízes.

Mais uma crítica a respeito da aplicação dos danos sociais em ações individuais diz respeito à violação dos limites objetivos e subjetivos da demanda. Por limites objetivos, entende-se que o juiz deve restringir-se aos pedidos da parte, ou seja, não poderá analisar e decidir além dos pedidos e tampouco ser omissos em alguns destes.

A dinâmica das ações alvo de críticas, no presente trabalho, acontece da seguinte forma: uma parte ofendida pleiteando uma determinada indenização e o magistrado concedendo esta indenização acrescida de outra de caráter coletivo e social, a qual não é de interesse da vítima e, muito menos, será destinada a ela, conforme será melhor mencionado adiante.

Nesse contexto, de acordo com Chiovenda (1998), “entre a demanda e a sentença que a recebe, estabelece-se assim uma relação de correspondência”. Em outras palavras, a sentença corresponderá ao que se pleiteia na demanda; há uma relação direta nas funções de pedir e de julgar.

O Código de Processo Civil também trata do assunto em seus arts. 128 e 460:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza

diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Portanto, em razão do dever que o juiz tem de se atrelar aos pedidos formulados pela parte, a aplicação da indenização por danos sociais em ações individuais extrapola os limites objetivos da lide, pois nessas ações se tutelam apenas direitos pessoais e, não coletivos. E caso os magistrados continuem aplicando os danos sociais de tal forma, a sociedade irá afundar na insegurança jurídica.

Os limites subjetivos da demanda referem-se às pessoas alcançadas pela coisa julgada. Em ações individuais, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, conforme redação do art. 472 do Código de Processo Civil.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p.338), “a limitação da coisa julgada às partes obedece a razões técnicas ligadas a própria estrutura do ordenamento jurídico, em que a coisa julgada tem o mero escopo de evitar a incompatibilidade prática entre os comandos e não o de evitar decisões inconciliáveis no plano lógico”. Mas o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes tem índole política, pois quem não produziu as provas, quem não participou do contraditório e quem não expôs suas razões para formar o convencimento do juiz, não pode ser prejudicado ou, até mesmo, beneficiado pela coisa julgada (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p.338).

Ressalta-se que nos processos que visam a tutelar interesses de índole coletiva ou difusa, por sua própria natureza e, em virtude de serem propostos por entes públicos investidos da condição de guardiões dos interesses metaindividuais, a coisa julgada opera *ultra partes* ou *erga omnes*, atingindo todos os membros da classe ou toda a sociedade (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 339).

Assim, é exatamente nesse ponto que a crítica à aplicação dos danos sociais em ações individuais se ampara: se existem ações nas quais a coisa julgada causa efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, as chamadas ações coletivas, por quê aplicar esses danos em ações nas quais a coisa julgada deveria atingir apenas as partes?

Outro ponto que merece destaque diz respeito à destinação da indenização por danos sociais. Quando se aplica os danos sociais em ação individual, o valor da indenização não é destinado à vítima, mas sim, a um fundo de proteção ou instituição de caridade. Ou seja, a indenização não beneficia a vítima, mas sim, terceiros.

Todavia, como é cediço, essa indenização não pode beneficiar terceiros, em regra, pois a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, nos termos do já mencionado art.

472 do Código de Processo Civil²⁸. Sobre o assunto, Dinamarco (2009, p. 235) entende que:

O único caso em que o juiz tem o poder de alargar subjetivamente o processo (e portanto vir a proferir sentença em face de quem não figurou na demanda) é o litisconsórcio necessário: de ofício ou a requerimento do réu, ele determina a citação dessa pessoa que, embora seja um legitimado indispensável, não fora incluído na demanda (art. 47, par. - infra, n. 576). Fora disso, ele é absolutamente proibido de atrair ao processo uma nova parte.

No tocante à possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros que não integram o processo, algumas teorias foram formuladas, constituindo, portanto, exceções a regra do art. 472 do Código de Processo Civil. Dentre estas, tem-se a doutrina da identidade objetiva da relação jurídica, a qual entende que será possível estender a terceiro a coisa julgada alheia desde que ambas as causas sejam idênticas. Há, ainda, a doutrina da subordinação da posição jurídica, entendendo que, para o terceiro se aproveitar da sentença proferida entre as partes, é preciso que esse terceiro esteja na condição de dependência em relação a uma das partes da causa (ALVIM, 2012, p. 296).

Outra doutrina, a doutrina da representação, também extrapola a coisa julgada a terceiro, sob o entendimento de que a coisa julgada vale para os sucessores da causa, desde que a sucessão fosse posterior à sentença. O terceiro, nesse caso, seria considerado representado pela parte (ALVIM, 2012, p.296).

Percebe-se que a aplicação dos danos sociais em ações individuais, favorecendo terceiros (entidades de fins sociais) não se enquadra em nenhuma dessas exceções, não podendo, portanto, a sentença proferida nesses moldes fazer coisa julgada a terceiros.

Além disso, ao não se delimitar a fronteira entre os efeitos da coisa julgada e as partes atingidas, confere-se aos magistrados um arbítrio perigoso, o qual terá como consequência direta e imediata a insegurança jurídica, promovendo alterações bruscas na realidade fático-jurídica (MELO, 2006, p.127).

Em ações individuais, a aplicação dos danos sociais e sua consequente destinação a entidades sociais gera o enriquecimento sem causa destas, na medida em que indeniza terceiros, pessoas que não têm relação com o litígio, e em montante não condizente ao dano sofrido (MELO, 2006, P.135).

Segundo Nanni (apud MELO, 2006, p.135), o princípio que veda o enriquecimento sem causa desautoriza o ressarcimento da lesão extrapatrimonial em uma vantagem

²⁸ BRASIL. Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 1973. Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

exorbitante e indevida, ou seja, não pode o lesado estar em posição econômica superior àquela que estava anteriormente à prática do ato ilícito.

Assim, nas ações particulares, a aplicação da indenização por danos sociais proporciona o enriquecimento sem causa da instituição beneficiada, uma vez que esta não faz parte da relação jurídica conflituosa, sendo beneficiada a critério do juiz, além de não haver parâmetros fixados em lei para estabelecer qual instituição será beneficiada.

Para a proteção dos interesses difusos e, conseqüentemente, para uma aplicação correta dos danos sociais, “o legislador instituiu técnicas ou modelos processuais diferenciados, isto é, voltados a atender as suas especificidades”, os quais já foram amplamente tratados nos capítulos anteriores (MARINONI, 2012, p.113).

Utilizando-se essas técnicas e procedimentos especiais, ao invés das ações individuais, a tutela dos interesses difusos será melhor promovida, bem como será mais fácil conceber a sentença “capaz de produzir efeitos benéficos a todos os titulares do direito afirmado” (MARINONI, 2012, p.113), e isso acontecerá não apenas porque o juiz irá deixar de tutelar os direitos individuais, mas também, porque a jurisdição conseguirá fazer o seu papel de efetivar a democracia e garantir os direitos fundamentais (MARINONI, 2012, p.115).

Conclui-se, portanto, que ao deferir uma indenização suplementar, não requerida pela parte, em processo que não comporta provimento desta natureza, tutelando interesses coletivos sem a presença, no processo, dos legitimados a defender tais direitos, o magistrado antecipa-se à iniciativa desses legitimados para defender os interesses sociais e demonstra evidente parcialidade, violando os princípios anteriormente mencionados.

3 Construções Jurisprudenciais do Dano Social

Este último capítulo demonstrará como os danos sociais vêm sendo aplicados na prática forense, colacionando 3 (três) julgados sobre o tema. O primeiro julgado, proferido pelo ilustre Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, irá corroborar a hipótese da presente monografia, afirmando que a aplicação dos danos sociais, sem que a parte ofendida tenha os requerido e, pior, em sede recursal, se mostra indevida, pois viola princípios basilares do processo civil, como o da *non reformatio in pejus* e não tem respaldo nos artigos que tratam da responsabilidade civil, como o art. 186 e art. 927 do Código Civil. Os outros 2 (dois) julgados analisados, um proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o outro pela 2ª Turma Julgadora Mista de Goiânia, demonstrarão as justificativas utilizadas pelos magistrados ao aplicarem os danos sociais em ações individuais. Desse modo, os argumentos utilizados no capítulo anterior serão aplicados nesses casos concretos, com o intuito de confirmar a impossibilidade jurídica da tutela dos danos sociais em lides individuais.

3.1 A não tutela dos Danos Sociais em Ações Individuais na jurisprudência do STJ

Para corroborar todas as críticas feitas à aplicação dos danos sociais em ações individuais, analisar-se-á a decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Diário de Justiça Eletrônico do dia 27/08/2013, a qual suspendeu um processo em que a ocorrência de dano social foi reconhecida de ofício pelo órgão julgador, sem que tivesse sido requerido na petição inicial da ação. Eis a seguinte decisão:

“A Corte Especial, resolvendo questão de ordem na Rcl n. 3.752/GO, considerou possível ajuizar reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça para adequar as decisões proferidas nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais à súmula ou jurisprudência dominante nesta Corte, enquanto se aguarda a criação de uma Turma de Uniformização, órgão encarregado de interpretar a legislação infraconstitucional federal, a exemplo do que já existe no âmbito dos Juizados Especiais Federais, seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos Edcl no RE 571.572/BA, da relatoria da Ministra Ellen Gracie.

Além disso, no julgamento da Rcl n. 4.858/RS, DJe 30/11/2011, acórdão republicado no DJe 1/2/2012, a Segunda Seção desta Corte consignou que, por jurisprudência consolidada capaz de dar ensejo às mencionadas reclamações, consideram-se os precedentes proferidos em julgamentos de recursos especiais apreciados sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil), ou as Súmulas do STJ.

Há, contudo, a ressalva para se conhecer da reclamação quando a decisão impugnada apresentar sinais de teratologia que justifique a relativização desses critérios. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO STJ No 12/2009. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. CASO FORTUITO EXTERNO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. MATÉRIA PACIFICADA NA SEGUNDA SEÇÃO.

1. A egrégia Segunda Seção desta Corte, no julgamento das Reclamações no 6.721/MT e no 3.812/ES, no dia 9 de novembro de 2011, em deliberação quanto à admissibilidade da reclamação disciplinada pela Resolução no 12, firmou posicionamento no sentido de que a expressão "jurisprudência consolidada" deve compreender: (i) precedentes exarados no julgamento de recursos especiais em controvérsias repetitivas (art. 543-C do CPC) ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte.

2. No caso dos autos, contudo, não obstante a matéria não estar disciplinada em enunciado de Súmula deste Tribunal, tampouco submetida ao regime dos recursos repetitivos, evidencia-se hipótese de teratologia a justificar a relativização desses critérios.

[...] (Rcl 4.518/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 07/03/2012)

Na espécie, embora não tenha havido indicação de ofensa a verbete sumular ou de recurso julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em sentido contrário ao aresto proferido pelo órgão reclamado, **vislumbra-se decisão eivada de teratologia, observada sempre a máxima venia, o que autoriza a admissão da presente reclamação. Portanto, cabível a medida em exame.**

5. No caso em comento, **o acórdão reclamado, ao impor condenação além da fixada na sentença, sem que a parte autora tenha feito pedido nesse sentido em sede de recurso inominado (fls. 99/101), incorreu em reformatio in pejus, o que é vedado pelo CPC.**

Assim, conforme bem salientado pelo Ministro Raul Araújo, quando do julgamento da Rcl n. 12.062/GO, que trata de caso similar ao dos autos, **"a referida condenação em danos sociais, data venia, não parece encontrar respaldo nos artigos 186, 187, 404, parágrafo único e 927 do Código Civil, ao contrário do que assentado pelo v. aresto atacado. Desse modo, evidencia-se a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de dano de difícil reparação, que motiva o deferimento da liminar requerida para determinar a suspensão do processo originário, até o julgamento final da presente reclamação".**

Tais fundamentos caracterizam o fumus boni iuris da pretensão. O periculum in mora está configurado na possibilidade da prática de atos executórios que imponham ao reclamante o pagamento do valor fixado a título de danos sociais.

6. Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 115/116 e defiro o pedido liminar, suspendendo o feito principal (n. 5125401.95) até decisão definitiva

nesta reclamação. (grifou-se).”

No caso em análise, no bojo do processo principal, a autora propôs ação de indenização por danos morais em desfavor da instituição financeira, alegando ter permanecido mais de 50 (cinquenta) minutos na fila para atendimento, em uma segunda-feira, e como fundamento legal, amparou-se na Lei Municipal de Goiânia, a qual estabelece que, em um dia como aquele, o tempo de espera deve ser de até 20 (vinte) minutos.

O magistrado singular, na ação principal, condenou o Banco ao pagamento de danos morais e, insatisfeito com o valor arbitrado, esse Banco interpôs recurso inominado. Contudo, a Turma Julgadora além de manter o valor arbitrado a título de danos morais, ainda condenou, *ex officio*, o Banco réu ao pagamento de danos sociais.

Nesse contexto, irresignada com a exorbitante indenização por danos sociais que fora condenada, imposta de ofício pela 2ª Turma Julgadora Mista de Goiânia, a instituição financeira ajuizou reclamação para o Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que houve a ocorrência de julgamento *extra petita* e de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*, bem como que a ação civil pública seria o meio processual adequado para defender direitos da coletividade.

O Ministro Luis Felipe Salomão, relator da decisão em análise, sabiamente reconheceu o cabimento da reclamação em razão “*da decisão impugnada apresentar sinais de teratologia*”.

Ora, é evidente que a decisão proferida pela 2ª Turma Julgadora Mista de Goiânia é absurda, pois uma condenação em danos sociais foi aplicada, sendo que a parte autora nem sequer a pleiteou e quem se beneficiou com essa condenação foi uma instituição prestadora de serviços sociais, que não faz parte da relação processual.

Além disso, o outro absurdo cometido na decisão impugnada refere-se ao fato de que os danos sociais são danos de uma coletividade, esses danos não atingem uma pessoa determinada, mas sim um número indeterminado de indivíduos. Assim sendo, uma ação individual não é o meio processual adequado para tutelar os interesses de uma coletividade, pois para se atingir tal finalidade, deve-se utilizar a ação civil pública.

Desse modo, mesmo que se entenda que as instituições financeiras, ao fazer o consumidor esperar na fila para atendimento mais tempo que o previsto em legislação estadual, estão violando interesses de uma sociedade e não apenas interesses do autor, a tutela desses interesses da coletividade deve ser feita no âmbito de uma ação civil pública, a qual tem legitimados específicos, previstos na Lei nº 7347/85; veja-se:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - à ordem urbanística;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, a indenização por danos sociais, que seria uma forma de tutelar os interesses difusos, não pode ser aplicada da mesma forma que uma indenização por danos materiais ou morais. É necessário seguir regras processuais para aplicar essa indenização, as quais não foram observadas no caso em análise, razão pela qual o Ministro Luiz Felipe Salomão suspendeu os efeitos da decisão que condenou a instituição bancária ao pagamento daqueles danos.

De acordo com o Ministro relator da decisão em análise:

"a referida condenação em danos sociais, data venia, não parece encontrar respaldo nos artigos 186, 187, 404, parágrafo único e 927 do Código Civil, ao contrário do que assentado pelo v. aresto atacado. Desse modo, evidencia-se a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de dano de difícil reparação, que motiva o deferimento da liminar requerida para determinar a suspensão do processo originário, até o julgamento final da presente reclamação".

A maneira pela qual os danos sociais foram aplicados não pode ser amparada pelos arts. 186 e 187 do Código Civil e art. 927, também desse código, pois os mencionados artigos estabelecem, em suma, que: aquele que comete ato ilícito e causa dano a outrem, fica obrigado a reparar esse dano.

Assim, no caso de espera na fila para atendimento do Banco réu, o único prejudicado foi o autor, não há de se falar que essa espera na qual o autor foi submetido prejudica uma sociedade, pessoas indeterminadas de forma a condenar o réu ao pagamento de danos sociais.

Outrossim, o art. 927 do Código Civil é claro ao dispor que o dano deve ser reparado àquele que o suportou, logo, não se pode destinar uma indenização para um terceiro que nem sequer participou da relação processual e fática, como uma entidade ou um hospital, por exemplo.

Outro importante argumento que ampara a crítica da aplicação dos danos sociais em ações individuais, no caso em análise, cinge-se na violação do princípio da *non reformatio in pejus*. Nas palavras do Ilustre Ministro Relator:

“o acórdão reclamado, ao impor condenação além da fixada na sentença, sem que a parte autora tenha feito pedido nesse sentido em sede de recurso inominado (fls. 99/101), incorreu em reformatio in pejus, o que é vedado pelo CPC.”

As sábias palavras do já mencionado Ministro Luiz Felipe Salomão revelam que a aplicação dos danos sociais deve seguir determinadas regras. Não é porque esse dano viola interesses difusos, ou seja, de pessoas indeterminadas, que é possível aplica-los em quaisquer ações, em qualquer fase do processo, ou até mesmo *de officio*. Em outras palavras, a necessidade de se proteger uma coletividade não pode ultrapassar os limites processuais impostos na legislação do País; não podem os julgadores impor condenação a título de danos sociais em uma ação de caráter individual, na qual a parte não pleiteou essa condenação e, muito menos, em sede de recurso, violando a premissa de que não se pode modificar a situação do recorrente para pior.

3.2 A tutela dos Danos Sociais em Ações Individuais na jurisprudência

A aplicação dos danos sociais em ações individuais vem ganhando espaço, cada vez mais, no cenário jurídico brasileiro. Veja-se o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos do processo nº 71001281054, publicado no Diário de Justiça no dia 18/07/2007:

“TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS,

**RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA
CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES
DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”**

No julgado em análise, a parte autora propôs ação de reparação de danos materiais e morais em razão de notícia, veiculada na imprensa, de fraude em concurso de loteria de chances múltiplas, conhecido como *Totó Bola*. Visava a autora à indenização por danos materiais, referentes ao valor despendido com as cartelas; e por danos morais, referentes à frustração da expectativa de ser sorteada.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a demanda, sob o fundamento de que a fraude restou apenas abstratamente configurada, sem evidências de que tenha havido concreta e efetiva fraude nos sorteios. A autora, irredimível, interpôs recurso inominado, o qual fora parcialmente provido pela Turma Recursal, condenando a ré ao pagamento de R\$ 10.400 (dez mil e quatrocentos reais), a título de danos sociais.

Os julgadores do recurso inominado, em seus votos, fundamentaram a condenação em danos sociais na função reparatória da responsabilidade civil, amparando-se no seguinte argumento:

“[...] como os danos sociais causados pela ré foram maiores do que os danos individualmente sofridos pelos autores das diversas demandas que já aportaram na justiça – e que servem de termômetro da justa indignação do povo gaúcho, que não tolera fraudes e desonestidades, mormente quando nela estão envolvidas pessoas oriundas de países vizinhos – é caso de aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, condenando-se a requerida a pagar uma espécie de pena privada.[...]”
(grifou-se).

Todavia, ratificando a tese e os argumentos expostos nos capítulos anteriores, não é razoável a aplicação dos danos sociais em uma ação em que o autor pleiteia a reparação de um dano individualmente sofrido. Por mais que, no caso em análise, a fraude cometida pela ré possa ter prejudicado mais pessoas além do autor, a ação individual não é o meio processual adequado para se aplicar o dano social.

Verifica-se, nesse episódio, que os ilustres julgadores distorceram o escopo da ação proposta pela autora ao punirem, primordialmente, a ré; enquanto a compensação dos supostos danos sofridos pela autora ficou em segundo plano. Aliás, ressalta-se que a autora, sequer, fora compensada pelos danos sofridos, uma vez que a indenização foi direcionada a um fundo de proteção ao consumidor.

Além disso, atribuir o caráter de pena privada ao dano social, no âmbito de ações individuais, traz como consequência o enriquecimento ilícito, uma vez que os danos punitivos

representam um *plus*, separado do montante compensatório (MELO, 2006, p.125). E, assim sendo, como é cediço, o enriquecimento ilícito é vedado na ordem jurídica brasileira.

Caso o processo de aplicação de pena privada comece a ganhar espaço no cenário jurídico brasileiro, ficará difícil limitar a obrigação ressarcitória aos danos efetivamente sofridos, assim como, uniformizar as regras desse instituto. É necessário retirar a conotação punitiva da indenização, devendo esta cumprir a sua essência legal: compensar/ reparar os danos causados (MORAES, 2003, P.201/202).

Salienta-se que a crítica não é sobre a aplicação dos danos sociais com caráter punitivo em si, uma vez que este é o objetivo dos danos sociais: repudiar condutas socialmente reprováveis. Mas o foco da crítica é sim a aplicação desses danos sociais punitivos em ações individuais, descaracterizando o principal objetivo dessa ação, qual seja, compensar a vítima do dano, para a finalidade de punição, o que ensejaria o enriquecimento ilícito.

Outrossim, no caso em análise, a condenação em danos sociais foi no exorbitante montante de R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) e foi destinada ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, sob a seguinte justificativa:

Como o dano de que trata essa demanda abrangeu o Estado do Rio Grande do Sul, e como nosso Estado dispõe de Fundo próprio, tenho que o valor deverá ser revertido ao fundo gaúcho, a fim de ser aplicado em projetos locais. Danos regionais, reparações regionais. (grifou-se)

Duas são as críticas acerca dessa condenação: a primeira diz respeito ao valor atribuído aos danos sociais, qual seja, R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais). Esse valor foi estipulado sem qualquer parâmetro, sem qualquer justificativa, uma vez que os julgadores não averiguaram a dimensão da fraude e não analisaram quais valores teriam efeito dissuasório de condutas semelhantes, utilizando como valor de condenação o valor pleiteado pela autora a título de danos morais.

A segunda crítica refere-se ao destino da condenação: por que destinar os R\$ 10.440,00 a um terceiro que não integra a demanda? Ora, o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor não é autor nem réu no processo, tampouco um terceiro interessado, não havendo justificativas razoáveis para receber uma condenação em montante tão exorbitante.

É cediço que a sentença produz efeitos entre as partes e, assim sendo, beneficiar um terceiro, que não é interessado ou não é litisconsorte necessário, caracterizaria um alargamento subjetivo e desrazoável do processo.

Com intuito de dar continuidade à análise crítica da aplicação dos danos sociais em ações individuais, explorar-se-á mais uma decisão, que fora prolatada pela 2ª Turma Julgadora Mista da Comarca de Goiânia, a qual entendeu ser aplicável a condenação em

danos sociais a uma instituição bancária por ter feito seu cliente esperar mais de uma hora na fila; veja-se:

“Recurso Cível. Ação de indenização por danos morais. Consumidor. Instituição bancária. Fila para atendimento. Demora excessiva. Dano moral configurado. Caracterização de dano social. Critério de fixação de indenização. I. A espera prolongada em fila de estabelecimento bancário, in casu, uma hora e quatorze minutos, configura dano moral. II. Havendo falha na prestação do serviço bancário, deve ela responder nos exatos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. III. O desgaste decorrente do tempo excessivo na fila da agência bancária ultrapassou a linha do mero aborrecimento para residir no campo do dano moral, podendo alcançar também o dano material, desde que devidamente comprovado. IV. O objetivo da Lei Municipal n. 7.867/99 é punir administrativamente as instituições que violem o limite temporal para atendimento dos consumidores. V. A indenização por danos morais visa compensar a dor experimentada pelo ofendido, bem como desestimular a prática do dano pelo agressor. VI. O valor indenizatório deve ser fixado consoante o juízo de equidade, considerando-se a gravidade da conduta e a duração do dano, trazendo em si também um caráter pedagógico. VII. **Ademais, verifica-se também a ocorrência de outro dano, embora a título diverso e com outro destinatário – sem violação do princípio da congruência, em face da locução latina da mihi factum, dabo tibi jus –, uma vez que a narrativa dos fatos, o pedido deduzido em juízo e a prova documental acostada, permitem o acolhimento da pretensão a título de dano social.** VIII O juiz está legitimado a estender o âmbito da decisão mesma *absent parties*, ou precisamente *erga omnes*. Não representa *reformatio in pejus*, porquanto trata-se de condenação *ex officio*, pelo órgão revisor. IX. É garantido ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento, conforme o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor. X. A indenização derivada do dano social não é para uma pessoa específica, porque vítima é toda a sociedade, portanto, será destinada ao ACCG – Unidade Hospital Araújo Jorge. XI. Recurso conhecido e improvido, para manter a condenação em danos morais e reconhecer *ex officio* a ocorrência de dano social, condenando o recorrente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 22.880,00 a ser atualizado monetariamente pelo INPC a partir da data desde acórdão, com juros de um por cento (1%) ao mês incidindo a partir do fato danoso e revertidos a ACCG – Unidade Hospital do Câncer Araújo Jorge – ACCG.” (grifou-se)

Esse julgamento, a meu ver, fere ainda mais os princípios basilares do Processo Civil Brasileiro e da ordem jurídica do País, porque, além de violar os preceitos já mencionados anteriormente, viola também o princípio da *non reformatio in pejus*, ou seja, houve uma reforma da decisão de forma a piorar a situação de quem recorreu.

No caso em análise, o autor propôs ação de indenização por danos morais, alegando que esperou 1 (uma) hora e 14 (quatorze) minutos na fila da instituição bancária ré para ser atendido, o que causou-lhe aborrecimentos e constrangimentos. Assim, amparando-se em uma Lei Municipal de Goiânia, a qual diz que o tempo de espera deve ser de até 20 (vinte) minutos, o autor pleiteou a indenização por danos morais.

O juiz singular julgou procedente o pedido autoral e, irresignada, a instituição bancária ré interpôs recurso inominado. A 2ª Turma Recursal de Goiânia conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, mantendo a condenação em danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e **reconhecendo, ex officio, a ocorrência de dano social, o qual foi estipulado no valor de R\$ 22.800,00 (vinte e dois mil e oitocentos reais).**

Veja-se que, nesse julgado, a justificativa dos julgadores ao aplicar o dano social no âmbito de ações individuais, sem que, sequer, a parte os tenha pleiteado, é a seguinte:

Ademais, verifica-se também a ocorrência de outro dano, embora a título diverso e com outro destinatário – sem violação do princípio da congruência, em face da locução latina da *mihi factum, dabo tibi jus* –, uma vez que a narrativa dos fatos, o pedido deduzido em juízo e a prova documental acostada, permitem o acolhimento da pretensão a título de dano social. VIII O juiz está legitimado a estender o âmbito da decisão mesma *absent parties*, ou precisamente *erga omnes*.

Ora, o juiz não está legitimado a estender o âmbito da decisão àqueles que não são partes do processo em situações não previstas na legislação. Conforme já visto anteriormente, o art. 472 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que a sentença faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando, nem beneficiando terceiros. Assim, o poder do magistrado de alargar subjetivamente o processo é bastante limitado, havendo um único caso em que isso é possível: no litisconsorte necessário, o que não se aplica no caso em análise (DINAMARCO, 2009, p.235).

Ocorreu, ainda, nesse caso, um julgamento *extra petita*, uma vez que os julgadores solucionaram a demanda de forma diversa da pleiteada pelo autor. O autor não pleiteou a indenização por danos sociais, apenas requereu indenização por danos morais. Essa conduta é vedada pelo Código de Processo Civil²⁹, justamente por atribuir aos magistrados o poder de extrapolar o que o autor pleiteou, gerando insegurança jurídica; veja-se:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.²⁹

Outra violação ainda mais grave oriunda desse julgamento diz respeito ao princípio da *non reformatio in pejus*. No caso em tela, a instituição financeira ré recorreu da sentença que a condenou em danos morais e, no julgamento do recurso, a Turma Julgadora decidiu, *ex officio*, aplicar uma condenação no exorbitante valor de R\$ 22.800,00 (vinte e dois mil e oitocentos reais), a título de danos sociais; veja-se:

XI. Recurso conhecido e improvido, **para manter a condenação em dano morais e reconhecer ex officio a ocorrência de dano social, condenando o recorrente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 22.880,00** a ser atualizado monetariamente pelo INPC a partir da data desde acórdão, com juros de um por cento (1%) ao mês incidindo a partir do fato danoso e

revertidos a ACCG – Unidade Hospital do Câncer Araújo Jorge – ACCG.
(grifo nosso)

A reforma da decisão no sentido de piorar a situação da ré foi evidente nesse caso, uma vez que a sentença de 1º grau sequer condenou-a ao pagamento de danos sociais, sendo estes reconhecidos, *ex officio*, na decisão do recurso interposto.

O antigo Código de Processo Civil continha regra expressa acerca da vedação de reforma da decisão recorrida para piorar a situação jurídica do recorrente e, em que pese o atual Código não reproduzir essa norma, esse preceito continua vigente na ordem jurídica brasileira por força de princípio inerente ao sistema estrutural do processo de prestação jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2011, p.577).

De acordo com Humberto Theodoro Junior (2011, p.577):

Não se admite a prestação jurisdicional de ofício, e ao juiz só é dado realizá-la mediante provocação da parte e nos limites do que for por ela postulado (art. 2º). No julgamento do recurso, destarte, pode-se acolher ou não o pedido de reforma formulado pelo recorrente, mas não se tolera que a pretexto de reexame da decisão impugnada se lhe possa impor um gravame maior do que o constante da decisão reexaminada, e que não tenha sido objeto, também, de recurso do adversário do recorrente.

Dessa forma, utilizar o recurso para agravar a situação do recorrente é uma conduta vedada pelo nosso sistema jurídico, além de importar uma decisão *extra* ou *ultra petita* e violar a preclusão e a coisa julgada, no que diz respeito àquilo que se tornou definitivo para a parte que não recorreu. (THEODORO JUNIOR, 2011, p.577).

Observa-se que, no caso em análise, a indenização por danos sociais fora destinada à Unidade Hospital do Câncer Araújo Jorge, evidenciando outra crítica da aplicação desses danos em ações individuais: quem é o legitimado a receber os danos sociais? Por que essa instituição fora beneficiada se ela nem sequer faz parte da relação processual?

Ao beneficiar um terceiro, que não faz parte da demanda, com uma indenização por danos sociais, os julgadores violam o já mencionado art. 472 do Código de Processo Civil, o qual estabelece os limites da sentença – esta faz coisa julgada entre as partes. Em outras palavras, no caso em tela, a indenização tornou-se uma abstração para quem a pleiteou.

Além disso, a escolha da instituição a ser beneficiada não tem parâmetros, ou seja, fica a critério dos magistrados, o que demonstra uma certa subjetividade nessa escolha, haja vista a ausência de justificativa plausível para se atribuir valores tão altos a certas entidades que nem sequer fazem parte da lide.

Conclusão

No presente trabalho de monografia, analisou-se o dano social e a impossibilidade jurídica de aplicá-lo em ações de caráter individual, nas quais a parte sequer pleiteou esse dano. Para tanto, essa impossibilidade jurídica foi amparada na violação a dispositivos legais e a princípios adotados no sistema jurídico brasileiro.

Na primeira parte do trabalho, foram demonstrados conceitos gerais acerca da responsabilidade civil, como o Código de Defesa do Consumidor trata esse tema e as peculiaridades e características dos danos sociais. Assim, com essa parte inicial, foi possível compreender a natureza e as formas possíveis de aplicação dos danos sociais, verificando que a principal finalidade desses danos é proteger interesses de uma coletividade, de um grupo indeterminado de pessoas.

Após, foram demonstrados argumentos acerca do porquê a aplicação dos danos sociais nas ações individuais é inadequada, amparando esses argumentos em dispositivos do Código de Processo Civil, como o art. 472, art. 128 e art. 460, em entendimentos doutrinários e em princípios adotados na ordem jurídica brasileira, como o princípio da inércia da jurisdição e o princípio da correlação da demanda.

Nesse sentido, demonstrada a inadequação da aplicação de danos sociais em ações individuais, verificou-se que o meio processual adequado para tutelar esses danos são as ações coletivas. Esse argumento foi amparado por diversas pesquisas doutrinárias, as quais revelaram que as ações coletivas servem para tutelar interesses metaindividuais e, portanto, abarcam a tutela dos danos sociais. Utilizou-se, ainda, a Lei n. 7.347/85, Lei de Ação Civil Pública, para demonstrar que os interesses englobados pelos danos sociais pertencem à sociedade como um todo, devendo, então, ser objeto dessa ação.

Ademais, com o intuito de visualizar, na prática, as críticas negativas acerca da aplicação dos danos sociais em ações individuais, foram analisadas 3 (três) jurisprudências, sendo que 2 (duas) serviram para demonstrar as justificativas usadas pelos magistrados ao aplicarem os danos sociais em ações individuais, enquanto a terceira jurisprudência foi usada para corroborar os argumentos expostos nesse trabalho acerca da impossibilidade jurídica dessa aplicação.

Portanto, ante a todos os argumentos expostos, não se mostra adequada a aplicação dos danos sociais em lides individuais, nas quais a parte sequer os pleiteou e não será beneficiada com o valor indenizatório, uma vez que esses danos têm natureza coletiva, não atingem uma pessoa isolada e, por isso, não podem ser tutelados em uma ação individual.

Concluiu-se, enfim, que, em que pese haver a necessidade de tutelar interesses de uma sociedade, não se pode extrapolar as regras processuais e os princípios norteadores do processo civil brasileiro para atingir essa finalidade. Afinal, existe um meio processual adequado para tutelar esses danos, quais sejam, as ações coletivas, sem que se viole os limites subjetivos e objetivos da lide individual.

Referências

- AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil: a culpa, o risco e o medo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. *Ação Popular: Rumo à efetividade do Processo Coletivo*. 2.ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 216-217.
- BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.1.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil, Teoria Geral. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, v.1.
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Revista de Direito Privado*. Volume 26, 2006.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Doutrinas Essenciais: Consumido*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, v.4.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – art.883, parágrafo único, do Código Civil). *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 26, p. 106 – 145, abr./ jun. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.201-202.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o Dano Social. *Revista Jurídica Empresarial*. Porto Alegre, n.05, p. 67-88, nov./ dez. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOUZA, Motaui Ciocchetti. *Ação Civil Pública: Competência e Efeitos da Coisa Julgada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado. *Recurso Cível n.71001281054*. Primeira Turma Recursal. Recorrente: Fabiana Ribeiro de Lima. Recorrido: Kater Administradora de Eventos LTDA. Porto Alegre, 12 de julho de 2007. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 1 abr. 2014.